

Errealismo Juridiko Iparramerikarra

Zuzenbide Errealistaren teoria bat: hurrengo pausoa*

Karl L. LLEWELLYN



Karl N. Llewellyn (1893-1962) galesa zen jaiotzez, baina iparramerikar naziokotasuna zeukan. Gaztaroan Mecklenburg-en ikasi zuen (Alemania) eta lehenengo mundu gerratean prusiar infanterian borrokatu zuen. Yale School of Law-n (ikus 2. irudia) egin zituen ikasketak, ikasle aparta zela erakutsiz. 1924tik 1951ra bitartean, unibertsitate horretan bertan irakasle lanetan aritu zen, eta ondoren Columbia Law School-en. Ordurako, New Yorkeko National City Bank-en banka zuzenbidearen arloan ibilia zen. 1930ean, *Cases and Materials on the Law of Sales* eta *The Bramble Bush* argitaratu zituen, azken honek, zuzenbidearen teoriari buruzkoa eta lehenengo urteko ikasleei zuzendua, polemika sortu zuen. Iparrameriketako indioen eskubideen aldeko borrokatzaile sutsua izan zen (ikus 4-5 irudiak). 1951n Chicago Law School-era (ikus 3. irudia) joan zen, eta bertan argitaratu zuen bere obra juridikorik garrantzitsuenak: *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*.

Zuzenbidearen definizioaren arazoa; fokatzea versus mugak

“Zuzenbidea”-ren edozein kontzeptu egituratzeko zailtasuna, gauza gehiegi barnebiltzen dituen datza, eta bertan sartu beharreko gauzak euren artean ikaragarri desberdinak izatean. Beharbada posible litzateke guztiak aditz-sabai bakar baten azpian biltzea. Baina ez dakit zer lortuko genukeen hala eginez gero. Izan ere, kontzeptu bat, nik ulertzen dudana moduan, helburu baterako sortzen da. Pentsamendurako lanabes bat da. Datuekin zerbait egiten dugunean, hauek maneia-garriagoak izateko lanabes bat. Eta oraindik ez dut ez jakin ez entzun zertarako izan daitezkeen garrantzitsu sinbolo iradokitzaileen artean zehazgabeena denarekin lotuta dauden datu guztiak; hau da, “zuzenbidea”-rekin. Gauza gehiegi egiten ditugu, eta izen honi lotzea gustatzen zaigun gauza eta pentsamendu desberdin gehiegi daude. Esate baterako, legegileek “lege bat” onartzen dute, eta horrek adierazten digu aldizkari ofizialei hitz sail bat gehitzen dietela. Honek abokatu eta epaileekiko, eta “legearen babesean” izango diren gatazkekiko asoziazioak iradokitzen ditu. Baina alderdi politiko, aparato eta presio talde izendatzen ditugun praktika, itxaropen eta gizaki multzo horiekiko elkarteak ere iradokitzen ditu. “Zuzenbide” idazpurupean nolabait lehenengoak sartu nahi izan beharko genukeela iruditzen zait. Hala egingo ez bagenu, utzi egin beharko genioke definitzeari eta gehixeago pentsatu. Azkenekoek –alderdiek eta presio taldeek– zalantza gehiago sor ditzakete, baita pixka bat gehiago pentsatzen jarri izan bagina ere. Berriz ere nahiko garbi ikusten da legegintzaldirik nahiz Estaturik izan ez den leku eta garaietan gure “zuzenbide” sinbolotik ongi bereizterik izan ez dugun zerbait izan dela; ez zegoenean beste edozein erakundetik ezberdina zen eta “politi-

* Karl L. LLEWELLYN, “A Realistic Jurisprudence: the next step” (1930), *Columbia Law Review*, 431 (1930). Berrargitalpena: *Jurisprudence. Realism in theory and practice* (1962), the University of Chicago Press, Chicago eta Londres, 1971, 3-41 orr. © The University of Chicago Press. Itzultzailea: Koro Garmendia Yarza.

ko” dei diezaiokegun erakunderik. Ezin dira aztertu ez gizartearen formarik sinpleenak, ez eta beren “zuzenbidea” ere, garai eta leku horietako kontrol antolatuko mekanismoak ikertu gabe; baina gaur egun kontrol mota hauek *ez legal* bezala bereizteko joera dago. Noski, inork “zuzenbidea”-ri buruz ezagutzea pena merezi lukeen ezer jakin nahiko balu, etengabe arreta ipintzeko joera izango luke. Baina interes guinea baino lehenagokoak, edo ondorengoak, edo azpikoak bezala ikusteko joera ere izango luke.

Horiek gaur egungo gizarte ordeneko “zuzenbidea”-rekin konparatu eta alderatzeko modukoak direla iruditzen zait. Baina, hala ere, “bien” arteko muga marrazten saiatzen denak eskuak lotuta izango lituzkeela ere iruditzen zait. Halaber, badago “legearen helburuez” nahiz “legeak izan beharko lukeenaz” denbora luzez eztabaidatzen aritzen denik. “Zuzenbidea”-z ari al dira benetan? Noski, ez dago beren postulatu eta ondorioek epaile batek inoiz egin duenaren antza izateko inolako beharrik; eta sarritan gizaki horietako batzuek askatasun hori berentzat aldarrikatzen dutela dirudi; baina aztertzen ari diren hori sinbolo iradokitzaile eta zehazgabe honekin estuki lotuta dagoela ukatuko lukeen hura, pertsona zurrunezia bailitzan azalduko litzateke. Interesatzen zaidana da epaile batek, “ongi zehaztutako eremu” batean lanean ari denean, jaun hauek esaten diotenari inolako arretarik ez ipintzeko joera daukala, eta garrantzi gutxiko espekulaziotzat jotzen duela; aldiz, “eremu zehazgabe” batean ari denean lanean, haien ideietan, edo oso orden antzeko ideietan, arreta handia ipintzen duela dirudi. Horrek, nire ustez, esan nahi duena da *zenbait gauzatarako* “zuzenbide”-tik –honi edozein definizio emanda– oso gertu dagoen zerbaiti buruz hitz egiten ari direla, aldiz, *beste gauzatarako* hitz egiten ari direnak “zuzenbidea”-rekin –hitza erabili izan den zentzuan– izan dezakeen lotura nahiko urruna den bitartean. Eta, *inguruabarren arabera*, hain erreferentzia barreiatu eta ezberdinak pizten dituen hitzaren arazo hau hil edo bizikoa iruditzen zait.

Zuzenbidearen definizio bat ez ematearen zergatia

Beraz, ez naiz zuzenbidearen definizio bat ematen saiatuko. Ez baldin badut beste autore baten definizioa ematen, are gutxiago emango dut neurea. Definizio batek barne-bildu eta kanporatu egiten du aldi berean. Eremu bat zehazten du. Gai batzuk eremuaren barnean sarrarazten ditu, beste batzuk kanpoan uzten dituen bitartean. Eta kanporaketa ia beti nahiko arbitrarioa izan ohi da. Ez dut zuzenbidetzat jo daitekeen ezer kanpoan uzteko asmorik. Hein batean, zuzenbidea bizitza bezain zabala da, eta xede batzuk lortzeko aski urrun eraman beharra dauka batek, aztertzen ari den gai juridikoen ingerada lortzeko. Berriro esango dut, hortaz, ez naizela definizio bat ematen saiatuko. Ez dut kanpoalderik, geltokirik, hesirik deskribatuko. Horren ordeaz, zuzenbide gisa har daitekeen guztiaren *fokatzean* ipiniko dut nire arreta. *Erreferentzia puntu* bat eztabaidatzen saiatuko naiz, zeinaren bidez zuzenbide gisa har daitekeen guztia modu erabilkorrago batean ikus baitaitekeela iruditzen zaidan, inteligentzia behatuz gero, eta bere inguradak kontuan hartuz. Fokatze bat, nukleo bat, gune bat –bere ingurada eta kanpo mugak zehaztu gabe dituela–. Barkatu behin eta berriro esateagatik, baina iruditzen zait oso zaila dela jendea ulertaraztea ez naizela zuzenbidearen eremu edo kontzeptutik ezer *kanpoan* uzten edo kanpora bultzatzen ari. Jendea oso ohituta dago definizioetara, nahiz eta definizioak ez diren jendearentzat beti baliagarriak suertatu. Beraz, hauek hain ohikoa ez den zerbaitekin ordeztuari buruz hitz egitera noa, baina zuzenbideari buruzko aurreko pentsamendu gehiena baino fokatzeko baliagarri eta interesagarriago bat izango da.

Pentsamendu honek hartu duen norabideko erreferentzia bik lagunduko didate fokatzeko hau zehazten: batetik, XIX. mendeko jurisprudentzia-eskolatako dogmei egindako erreferentziak; bestetik, “eskubide” eta “interes” kontzeptuen garapenak.

XIX. mendeko eskolak:
Pound-en sintesia

XIX. mendeko eskolei dagokienez, Pound-en sintesi bat onartzearekin kontentatuko naiz¹. Bat dator arlo honen baitan egin ditudan irakurketekin, eta horri buruz daukadan ezagutza baino handiagoetan oinarritzen da. Jurista analitikoek dagokienez, aurrezarritako arauen gorputz batekiko daukaten interesa azpimarratzen du Poundek, gorputz horren bitartez ondorio juridiko zehatz batek egitateen multzo zehatz batekin bat egiten duela suposatzen delarik; jurista analitikoaren definizioaren oinarria, “auzitegiek denbora eta leku jakin batean horrela aplikatzen dituzten arau juridiko baimenduen multzoa” dela azpimarratzen du, eta arau eta auzitegi hauei autoritatea ematen dien Estatu

1. *Law and Morals*, 25 or. eta hurr.

bat auresuposatzen duela azpimarratzen du. Poundek, bestetik, jurista historikoek zuzenbidearen eta gizarte kontrolaren beste moduen artean gutxi bereizten dutela uste du; ohiturazko arauak arreta berezia eskaintzen diete beren obran, kontuan izan gabe ea hauek politikoki antolatuta dauden gizarteetako organuetan sortu diren; zuzenbideari buruz daukaten irudian funtsezkoak dira erabakitze teknika tradizionalak eta zuzentzeko tradiziozko edo ohiturazko nozioak. (Honi erants dakioke hau guztia "ohitura"-rekin zer ulertzen den adieraziko lukeen inolako analisi zehatzik gabe egiten dela). Jurista filosofikoei dagokienez, azkenik, Poundek iritzen du "ideia filosofiko, politiko eta etikoek (hala nola zuzenbidearen xedea, edota arau juridikoek ikuspuntu honetatik zer izan beharko luketen)" hartzen dutela eszenaren erdigunea.

Ez daukat eskola hauen dogmak frogatzeko inolako borondaterik, ezta urrutirago joatekorik ere. Beren balioa mugatuta dago hemen eta, hala ere, balio hori handia da bere mugen barnean: orokortasunean hartuta, behin eta berriro berresten dute zuzenbidearen konplexutasuna. Eskola bakoitzak definizio bakar bat aurkitu nahi zuen zuzenbidearentzat esanguratsua zen guztiarentzat. Zenbait fase azpimarratzen zituen definizio batekin amaitzen zuen eskola bakoitzak, beste definizio batzuk aintzat hartu ez edo gutxietsi egiten zituen bitartean. Horietako bakoitzak bere helburuei oso ongi erantzuten zien definizio bat zeukan, pentsalari irudimentsuen eskuetan batik bat. Baina definizio bakoitzari *—kanpoan uzten diren alderdietan—* denbora gehiegian gehiegizko arreta eskaintzea antzua gertatuko zatekeen azkenean. Eta nire ustez Poundek eskola hauen eta beste batzuen azterketatik ondorioztatu duen lezioetako bat da gehiago tematu beharra dagoela zuzenbidearen ideiak barnebiltzen dituen hartan, zuzenbidetik kanpo utzi behar den hartan baino.

Arauk pentsamendu juridikoaren zatirik handienaren nukleo zentral gisa

Poundek ikuspuntu hauen inguruan egiten duen sintesiaren bitartez, gainera, nabarmentzekoa da "arauak" hitza. Tradizionala da. Gizakiek zuzenbideari buruz hitz egin edo pentsatzen dutenean, *arauak* buruz hitz egin eta pentsatzen dute. Nire ustez, "arauak" hitza, Poundek erabiltzen duen moduan, adibidez, erregela eta printzipioen sinonimoa da gutxi gorabehera, printzipioak objektuan zabalagoak izanik eta konnotazioaren aldetik proportzionalki lausoagoak, garai zehatz bakoitzeko *statu quo*-ren zatiren bat idealizatzeko joerarekin. Eta iruditzen zait inork Pound irakurtzen duenean, honek zuzenbideari buruz daukan pentsamenduan arauak *oinarrizkoak* direla ikusten duela. Erregela eta printzipioen alboan *—insinua al dezaket zentzu hertsian arau diren alboan egiten duela?—*, "irizpide"-en existentzia azpimarratzen du, zuzenbidearen funtsezko edukaren zati gisa. Badirudi irizpideak inor egoera jakin bateko eskubideak neurtzeko jokareen eremu zabal eta askotariko batera hurbiltzen deneko irudi lauso baina baliagarri hauek direla: gizaki zentzudun batek inguruabar horretan egingo lukeenaren kontzeptzio bat, edota fede onak eskatzen duenarena, eta hauen antzeko irudiak. Baina *standard* batek (kontzeptu batek bezala; klase bateko edozein termino zehazgabe edota zehatzek bezala) arau bateko *zati* bezala funtzionatzen du nagusiki edo eskusiboki. Ondorioz, mundu berekoa da hein handi batean. Arauetan ere *oinarritzen* da. Baina Pound zuzenbidez aritzean, arau eta irizpideak baino gehiagoz ari da. Irizpideekin batera, aldi berean, zuzenbidearen "helburua" bezalako idealak ere azpimarratzen ditu. Irizpide hauek, nire ustez, bereziki lausoa eta maiestatiko den eskala batekoak dira: beharbada, norbaiten transakzioei beharrean, arauak aplikatzeko diren irizpideak². Azkenik, arauen "garapen eta aplikaziorako teknika tradizionalak" azpimarratzen ditu Poundek *—eta hemen oso fenomeno mota desberdin bat aurkitzen dugu—*. Sakontzeko ahalmena daukan norbaiti bakarrik otu ziezaiokeen ahozko formulei eta formula ahozkotuei (lausoak izanik ere), lehen adierazitako irudi kontzeptualei, *praktikaren* elementu hau gehitzea, ekintzetako ohitura eta tekniken, *jarrerarena*. Baina jada gainbeheran dagoen garai bateko pentsamendu juridiko-araugile tradizionalen oraindik partzialki murgilduta dagoen gizon batek soilik ipini ahal izango zukeen arreta jarrera honetan, honen erreferentzia

Arauk,
erreferentzia
zentru

Irizpideak

Jarrera

2. Ez idealek bakarrik, baizik eta baita irizpideek ere; ez irizpideek bakarrik, baita kontzeptuek ere; ez kontzeptuek bakarrik, baita erregelek ere, auzitegien arau eta ekintzen konfigurazioan parte hartzen duten irudi mental orokortuak osatzen dituzte, naturalki. Baina tradizionalak elementu ideal honekin lotuta egonik, betetzen diren lekuan ere, azkar erlazionatzen dira lehen instantzian erregelekin.

handituz eta, aldi berean, bere garrantzia minimizatuz, ahozko formula soil haien (hau da, arauen) fase bat balitz bezala tratatuz³. Ez dut puntu honi buruz argudiatu nahi. Erakargarria izango da edo ez, eta eztabaida ez litzateke oso baliagarria izango. Pounden idazkietan (eta ez soilik aurreko paragrafoko esaldietan –zeintzuak akzidentak izatea suerta baitzitekeen–) ideia honi ematen zaion erabilerak kemenez azaltzen ditu erregelek, arauak, *hitzek* –zuzenbideari buruzko hausnarketan fokatzeko edo *erreferentzia zentru* bihurtzen direnean– dauzkaten mugak⁴.

Bermeak, eskubideak eta interesak: garapen bidean dagoen ideia

Muga hauek, gainera, interes, eskubide eta berme bezala azaltzen dira zuzenbidearen azterketa tradizionalaren bidez. Azterketaren garapenak digresio motz bat eskatzen du, baina hori egitea pena merezi duela iruditzen zait. Erregela eta arauen funtsezko edukiaz ari da, zeinaren bitartez gizakiek sistema juridikoaren konfigurazioa aurreikusi duten. Bai sistema erromatarrean, bai gurean, funtsezko eduki honek oso aldaketa handiak jasan ditu denboran zehar.

Erregelak,
lehen

Lehenengo denboretan, erregelen bidez bermezko arauak adierazten ziren ia eskusiboki⁵. Bermeak gutxi eta zehatzak ziren. Pertsona bat auzitegi baten aurrera eramateko modu batzuk zeuden, eta, behin pertsona hori egonik, norberak edota auzitegiak

- Hemen, hainbestetan gertatu ohi den bezala, “besterik ez” (“eta ez” bezala) tranpa bat da juristarentzat. Gaur egun, salbuespenezko erregelak bakarrik imagina ditzaket, salbuespenezko inguruabarretan, ahozkoak “besterik ez” diren erregela bezala.
- Zentzu honetan, Pounden lana bere baloreengatik zein bere mugengatik da hain delgarria. Sakonketa bikainez beteta dago. Poundi zor diogu “ekintza legal eraginkorraren muga” iradokizuna (*auzitegien* erabakietan oinarrituta). Poundi zor diogu kodeetako-zuzenbidearen eta ekinean-ari-den-zuzenbidearen arteko kontrajartzea (azken zuzenbide hau, Poundek proposaturiko ebazpenean, berriz ere *auzitegiek* egiten dutenera mugatuta; nahiz eta beste leku batzuetan organu *administratiboetan* tematen duen garapen juridikoko gaur egungo gune bezala). Poundi zor dizkiogu “delitugile baten trataeraren indibidualizazioa” delako formulazioa, eta zuzenbide penala benetan zer egiten ari den azaltzeko Onegintza eta Zuzentasunari buruzko Kongresuko aktei egindako aipua. Eta beste hainbeste. Hemen ez zait interesatzen ea lehenagoko idazleek ideia hauek guztiak edo hauetakoren bat eman, edo aurreratu, ote zezaketen. Poundek ikusi, formulatu, eta bere egiten zituen. Nahiz eta, oro har, loretan dauden ideia hauek ez duten aurrera egin. Inork ez ditu beren barne erlazioekin nahiz jarauntsitako zuzenbidearen teoriaren gorputzarekin harremanetan jartzen. “Interesen oreka”-k interes bat –atzeman daitekeenean– nola formulatu behar denari buruzko inolako argibiderik eman gabe darrai, eta are gutxiago dio nola orekatzen diren edo beharko liratekeen azterketaren baten bitartez. “Zuzenbidearen zientzia soziologikoa”, soziologian esanguratsua den gehiengoaren faltan dago oraindik. “Ekinean-ari-den-zuzenbidea”, iradokizun gisara uzten da, “zuzenbidea”-ri buruzko ondorengo eztabaida arauetan oinarritzen den bitartean. “Ekintza legal eraginkorraren muga” –argi eta garbi gizartearen kontrolaren ohituraren eta ezarpenaren azterketa bat galdatzen duen formulazio bat (gizarte *konplexua*, industrializatua, partzialki hiritarra, zeharkako lankidetzakoa, zeinerako Poundek izenak eman baitzitugun)– uestez zuzenbidearekin erlazionatuta dagoen gizartea aztertu gabe gelditzen da. Batek zenbat eta gehiago ikasi, zenbat eta gehiago ikertu, orduan eta argi eta estimulu handiagoa ematen diote Pounden idazkiek. Beti, eta modu berezi batean hala ere, materialaren trataera sistematikoago batera guztiz eramaten ez duen ulermen maila batean gelditzen dira. Bati tentazioa sortzen zaio gizakiaren eta zuzenbide soziologikoaren zientziaren eskola iparramerikarren pentsamenduaren eta zuzenbide kasuistikoaren garapenaren artean paralelismo global bat ezartzeko: transmititua izan denaren puntu nagusiak onartuz; zentzuzko konpartimentuetan sistematizatuz; beharrak eskatzen duen lekuetan segurtasun eta indarrarekin berriztatuz, baina *ad hoc* bakarrik, gorputz materialean, jaso den moduan, berrikuntza sartu edo kokatzeko interes gutxiarekin. Azkar batean ere nabari daiteke Pounden diskurtsoaren mailaren zehazgabetasun iraunkorrak galarazi egiten duela bere lanaren irakurketa kritiko bat egitea, eta batez ere edozein kritika zehatz formulatzea. Batzuetan, bere lanak seriozki oinarrituriko eztabaida akademikoaren mailan jarri nahi du argi eta garbi; beste batzuetan, aldiz, abokatuei zuzenduriko istorio anekdotikoen mailan dago; bestetan, erdibideko maila batean kokatzen da, saiakera imaginatibo baina frogatu gabe. Gehienetan, ezinezkoa da paragrafo edo kapitulu batek auresuposatzen duen maila zein den esatea, eta idazkia batetik bestera jarraitasunerako aukerarik gabe pasatzen dela dirudi. Baina argi dago jarraiak eta elkarrekiko inkonsistenteak diren hiru orokortasun hauek argitzaileak izan daitezkeela, eta, gainera, egiazkoak, bazkalondoko solasaldiaren mailakoa, edota baita pentsamendu probokatzailearen mailakoa, nahiz eta horietako bat ere ez den balioduna ikertzaile baten proposamen espresu gisa. Horiek guztiek iseka egiten diote kritikariari, agian bere gaitasun kritikoak estimulatu zituzten aldi berean. Balore bat dago hemen. Balore bat dago istorio anekdotiko-legaletan ere. Baina balore gehiago dauka atzematen jakiteak. Zer ez genukeen emango azkenean hainbeste desiraturako *Sociological Jurisprudence*-ren agerpenean ikusteko, bere egileak Biltzar Eratzaille batean elkarrekin jasota izateko hainbeste itxaron duten pentsamendu aitzindari horien arabera formulatu izan balu?
- “Zuzenbideko erregelen” presentzia auresuposatzen ari naiz hemen; hau da, zuzenbidea ulertuz gutxienez beste kontrol mekanismoetatik desberdintzen den kontrol jarduera erdiespezializatu bat bezala; orokortasun prozesu bat eman dela ere auresuposatzen dut. Ziur nago ez dudala lehendabiziko auresupostu honen denborazko irismena ezagutzen; liskarrak konpontzeko asmoarekin ospatutako edozein batzar berezi bere existentziaren adierazgarri kontsideratuko nuke, hau da, inolako aginte edo posizio ofizialik ez duten herriko adinekoek osatua (cf. Gutman, *Das Recht der Dschagga*, “Der Spruchrasen” kap.). Bigarren auresupostuak dio aurreko erabakia ondorengo erabaki baterako aurrekari bezala kontsideratzen hasia dela; *Themis* ez dela orakulu bat bakarrik, baizik eta arau bat adierazten duela. Baina zuzenbidezko arau bat dela errepikatzen dut. Vinogradoff-ek modu konbentzigarri batean agerian jartzen du Maine-ko *Themis*-a ez dela erabakia hartzen duenaren asmakuntza huts bat; *Themis*-a baino lehen, arauak esplizituak nahiz implizituak ziren gizarte bizitza bat zegoen. Zalantzarik egiten zait, oster, arau implizituak “erregela” eta “juridiko”-tzat jotzea, eta nahasketa baino ez dit sortzen hori egiteak. *Praktikak* bakarrik ikusten ditut, gehiago edo gutxiago definituta, konszienteagoak edo ez hain konszienteak, praktikatzen den oro zuzena denaren jarrera orokor bat, eta beregandik nahikoa aldentzen den oro okerra denarena. Arau implizitua esplizitu bilakatzearen prozesuak sormen lan zail bat eskatzen du egiatan (urrezko bi pieza sari bezala, Akilese ezkutuaren gainean!), nahiz eta, behin lortutakoan, edonork *atzeman* dezakeen ondorioa egiazko bezala, baldin eta egiazkoa bada (masak urrea irabaziko du!). “Esplizitazio prozesuak” biraketa bat ere ahalbidetzen du. Azkenik, behin epaia emandakoan, lehen baino ikusterrazagoa da aldi berean, irmoagoki zehaztuta, zurrunagoa, eta agian baimenduagoa dago. *Nork egin duenaren* zioagatik baimentzen baldin bada, edo bere garapenaren inguruabarrengatik, orduan matrize sozial orokorretik abiatuz juridikoaren izaera espezifikoa bereizten hasi izanagatik ere baimenduko da. Malinowski-k *Crime and Custom in Savage Society*-n (1926) egindako analisisa antzeko zerbait da; baina arauaren aginte menperatzailearen terminoetan garatzen da, eta ez funtzionarioarenean. *Arau batera jotzen denean*, hau praktika amankomuneko beste arau inkonsistente baten aurrean gailendu egiten baldin bada, Malinowskik juridikotzat jotzen du. Bereizketa argigarri bat da.

egin zitzakeen zenbait gauza zeuden. Hemen interesatzen zaiguna ez da hau horrela gertatzearen arrazoa (zergatik “ezin” du gaur egun justizia auzitegi batek satisfakzio auto bat eman?), *gertatu egiten zela* baizik. Garai hartako gizon baten kasuan, hauxe zen egiten zen galdera: zein egitaketan oinarrituz balia daiteke gizaki bat auzitegiak beste gizaki bat gogaitarazteko dituen modu zehatz bakoitzaz? Zuzenbideko erregelak honi buruzko erregelak ziren. Berme bakoitza inguratzen zuten. Horrela pentsatzen zuen jendeak⁶. Ikusi eta egin zezaketenaz pentsatzen zuten. Beren adimen xumea, ikus zezaketenaz soilik arduratzen zen. Ikusten zuten hura deskribatzen zuten.

Hori primitiboa iruditu zitzairen geroko idazleei. Orden desberdin bat ikusten dute zuzenbidearen arloan. Bermeek *asmo* bat daukatela iruditzen zaie, beste gauza gehiagoren babesak direla. Gauza hauei buruz pentsatu eta izen bat eman zieten: *eskubideak*, eskubide substantiboak. Beraz, garrantzitsuak diren horiek, erregela juridiko substantiboak, eskubideak definitzen dituzten erregela bilakatzaren dira. Bermeak, kanpoaldeko bigarren maila batean uzten dira. “Zuzenbide adjektibo” soilak dira (gauza garrantzitsuek, hau da, zuzenbidearen funtsa diren eskubide substantiboak, ondorioak izan ditzaten gutxi gorabehera inperfektuak diren mekanismoak). Eskubide eta erregelen erlazio hau nahiko argia da: gauza beraren bi alderdi dira. Erregela batek pertsona baten alde jokatzeko duenean, honek eskubide bat dauka, erregelak neurtzen duen modukoa. Edota, inork eskubide bat baldin badu, eskubide izate hori parafrasea daiteke eskubideek adierazten dituzten onurak berari eta antzeko egoeran dauden pertsonen atxikitzen dizkien erregela bat emanez. Eskubideak inguruabar zehatz bateko mota bateko pertsona guztiei modu orokorrean atxikitzen zaizkienean, orduan eskubideak erregelen kontrapartida zehatza dira; eta hau postmortemizatzailen argudio ildo tipikoa da. Edota baita: eskubideak, inguruabar zehatzetan norbanako partikularrei atxikitzen zaizkienean, erregela aurreuposatzen duten ondorioak dira; premisa nagusia eskubideei buruzko erregela izanik, eta premisa txikia norbanako hau eta inguruabar hauek erregela orokorrekin lotzen dituenak. Modu honetan, eskubideak eta erregelak nahiko elkartrukagarriak dira gure asmoetarako; zuzenbidea sinbolo takigrafiko bat da erregelarentzat⁷.

Erregela eta eskubideen arteko erlazioa

Erregelak eta eskubide substantiboak jendearen artean nagusitu egingo balira bezala hitz egiten da, aditugabe halakoak: adibidez, norbaitek kontratu bat exekutatzeko eskubidea daukala esaten da. Heresia bat da Coke edo Holmes-ek (ikus 6. irudia) legearen arabera bere kontratua efektiboa egiteko edota kalteordainak ordaintzeko, bere aukeramenara, askatasuna daukan gizon baten kasua aurkeztea. Heresia litzateke halaber ustezko “eskubide” honen proba erreal eta efektiboa kalteengatik akzio batean oinarritzen dela argudiatzea, eta eskubidea hein batean hobeto egongo litzatekeela honela deskribatuta: beste alderdiak ez badu kontratua akordaturako moduan betetzen, demandatu ahal izango da, eta batek abokatu on bat *baldin* badauka eta lekukoekin edota epaimahaiarekin ezer arrarorik gertatzen ez bada, *eta* lau edo bost egun galtzeko prest baldin badago eta prozedurekin gutxi gorabehera ehuneko hamarretik hogeita hamarrena, eta bi hilabetetik hogeira itzaroteko prest baldin badago, *ziur aski* kontratua exekutatzeak balioko lukeena baino nahiko zenbateko txikiagoko epaia lortu ahal izango du, zeina dagokion unean jasoko baituen, berandutzagatik ehuneko seiko interesarekin, baldin eta beste alderdia kaudimenduna bada eta ez badiu bere ondasunak ezkutatu. Horrela argudiatzea, bermea (batek ikus dezakeena) eskubide substantiboarekin nahastea litzateke (pertsonak ezin du ikusi, baina badaki hor dagoela –nonbait–: hori da jendeak dioena). Pentsamenduzko gorputz honetan, zuzenbide substantiboak bermeen gora-beherekin independenteak diren forma eta xedea ditu. Eta hemen dago kontzeptuaren aurrerapen zientifikoa. Bat aske gelditzen da auzitegiek egiten dutena ikusi behar izatetik eta eztabaidan honetara mugatu behar izatetik. Bere jardueraren atzean dauden

Erregela eta eskubideen ulermen okerra

6. Bai hemen eta bai ondoren datorrenean ere, nire lagun T. R. Powell-ek “postmortemizatzaila” izendatzen dituen ari naiz; iraganeko gertakariak nahaspilatu egiten diren, gertakari horiei buruz idazten duten, edo zuzenbide akademikoa egiten duten horietaz. Pertsonok antzeko gaitasuna duten gizaki praktikoek baino pentsamendu hedadura handiagoa azaltzen dute tipikoki, baina askoz ere inozotasun handiagoa. Gizaki praktikoak bi konpartimentu finkotan pentsatzen duela dirudi. Bere burmuinaren zati batek ebanjelioa bezala errezipiatzen du garaiko ideologia, hau edo hori, edo epaimahaitik; erdi hau postmortemizatzailaie dagokie. Beste erdia, dauden erakundeez edo beste edozein sakralizazioz maltzurkeriaz arduratzen da, gizaki praktikoaren edo bere bezeroaren beharretara egokitzeko (edota, inoiz, ahalik eta gehien bihurtzeko). Gizaki praktikoaren adimeneko alderdi honek zurruntasun formal handieneko garaiez geroztik sistema juridiko orotan funtzionatu behar izan du. (Aldera bedi Dasent-en *Njals-Saga*-ko demandaren prestaketa eta jarraipen guztia). Eta apur bat sortzaile diren pertsona batzuek interesaren eta bermearen arteko harremana imaginatu behar izan dute, zuzenbidea existitzen denetik. (Aldera bedi lege ingeles zaharretako Elizaren babesarekin). Baina postmortemizatzailen tonu eta ideiak denborekin aldatuz joan dira, eta, gizaki praktikoaren oinarritzko jarrerak aldatu gabe mantenduz, bere hitz eta ideia multzoak, bere baliabideak, aldatu dituzte, ondorioetan ondorio esanguratsuak edukiz halaber.
7. Gure xedeetarako, posible da pentsalari alemanek “zuzenbide objektibo” (“lege”, “zuzenbide” baino gehiago) eta “zuzenbide subjektibo”-aren artean (gure “zuzenbide” aurrehofeldiarretik hurbilekoa) egin duten bereizketa zalantzarria kontuan ez hartzea. *Recht* subjektiboa batik bat zuzenbideko erregelaren dedukzio bat bezala, eta, ondorioz, independentea den zerbait bezala, ikusten deneko eztabaidara egokitzen da.

azken errealtateetara itzultzen da. Esan beharrik ez, argiago pentsa daitekeela azken errealtate hauen artean. Ez dira hainbeste iluntzen funtsik ezagatik eta detaileen ezberdintasunengatik. Ez dute egitateen konturik eman behar.

Bide batez, pentsamendu amankomunaren gehiengoa gaur egun maila honetan dagoela ikus daiteke. Tipikoa da paper gaineko erregelak edo xedapen legegileak papelean agintea edukitzeagatik zeresan bat daukala dioen ideia; hau da, besterik gabe paperaren gainean agintea edukitzeagatik esan nahi duela esaten duen edo esan nahi izan duen guztia.

Nire asmoa ez da eskubide substantiboak eta zuzenbide substantiboko erregelak balio handikoak izan direla eztabaidatzea⁸. Modu erabakior batean lagundu dute pentsalariak ohar zitezen prozedurak eta bermeak existitzen direla ez bakarrik existitzen direlako, ezta beren kasa balioa daukatelako ere, baizik eta asmo bat daukatelako. Honen ondoren, berehala, ikerketa dator, asmo hau zein den jakiteko, eta, asmo hori ezagutze-ko moduak eskasak izanez gero, kritika. Gainera, bizitzako egoera esanguratsuen bidez zuzenbideari buruzko ideia bat egiten lagundu dute hein batean, historikoki baldintzatuta eta sarritan arkaikoa den bermezko zuzenbide bateko kategorien bidez egin beharrean. Sintesi berri baterako oinarri berri bat sortzen lagundu dute; erreforma juridikorako oinarri bat.

Anbiguitasunak erregelen eta eskubideen kontzeptuetan

Dena den, azken honek ez luke aurrerapenagatik ordaindu den prezioa ilundu behar. Lehenik eta behin, jada deskribatu den bezala, egitatea egiaztatzeari buruzko eztabaida urruntzen lagundu duen prezio bat delako. Litekeena da honek lege erreformatzaile baten kanpainarako ikuspuntu berriak mantentzeko balio izatea, delako "egitatea" existitzen den zuzenbide positiboa izanez gero. Zuzenbide honek modu erosoago batean jardun dezake, jendea beren jarduerak aldaketa adierazi nahi duela ez dadila konturatu lortzen badu. Baina behatzaile zientifiko batentzat, edo aurrean daukana ikertzera konprometituta dagoen erreformatzaile batentzat, nora eta nola iritsi nahi duen badakielarik, eta ez bere erreforma saltzera, edo propaganda egitera, edo ideak irismentik kanpo uztera konprometitu dagoenarentzat, egitateen itsumen hau bestelako kontu bat da.

"Erregelak"
hitzaren
anbiguitasuna

Bigarrenik, anbiguitasuna jasan behar izan da; multiguotasuna, egia esan. "Erregelak" hitza, aski anbigua da. Erregela bat preskribatzailea izan daiteke: "hau da egin beharko litzatekeena; hau da honelako kasuetan epaileek egin beharko luketena". Edo deskribatzailea izan daiteke: "hau da dagoena; hau da epaileek honelako kasuetan egitatez egiten dutena". Edo bi motetakoa izan daiteke: "hau da aldeberean egiten dutena eta egin beharko luketena⁹". Eta teorizatzaileak, eztabaidan ari direnean, konturatu gabe joaten dira esanahi batetik bestera, konnotazio guztiekin eta maila posible bakoitzarekin. "Zuzenbideko" erregelen kasu zehatzean, "erregela" hitzak beste anbiguitasun bat gehiago dauka: deskribatzailea nahiz preskribatzailea izan, eginahal gutxi egiten da jakiteko zein akzio den preskribatu edo deskribatutakoa eta *nork* egiten duen. "Hau da erregela" enuntziatuak zera adierazi nahi du tipikoki: "Hitz sorta hau agintedun kodeetan aurkitzen dut¹⁰". Honek zera konnotatzen du: "*Auzitegiak* hitz sorta honen arabera *aritzen al dira egitatez?*"; edo "*Auzitegiek* beti *errepikatzen* al dute hitz sorta hau konexio honetan?". Konnotatzen duena da: "*Jendeak*, hitz sorta hauen arabera jokatzeko du"; edo baita "*Jendeak*, hitz sorta hauek nola jokatu beharko luketen iradokitzen dien bezala jokatzeko du". Teorizatzailea oso gutxitan arduratuko da pertsonari esateaz hauetakozenbat konnotazio (baten bat egotekotan) dauden inplizituki bere "hau erregela bat da" esa-

8. Ez nuke kasuen ebazpenetan, konstituzio zuzenbidean, akzio eskubidearen mugetan, etab. pentsakera honi ondorio praktikoak ukatzen dizkiodala ulertzerik nahi, edota gaur egun berehalako bermearen deskribapenak egoera oro deskribatzen duela. *Bai* deskribatzen duela egoeraren alderdirik garrantzitsuenak, zeinari arreta gutxien eskaini baitzaion.
9. Beste modu batean esanda, erregela preskribatzaileak zerbait *egiteko* erregelak dira; erregela deskribatzaileak zerbait *egitearen* erregelak deiturikoak dira (behatutako erregulartasunen enuntziatuak). Baina, "*egitearen* erregelak", hizkera arruntan, aldeberean bi alderdiak adierazten ditu, eta gauza bera gertatzen da "*egiteko* erregalekin", ondorengo praktika baten existentzia adierazten ez dutenean. Nire "erregelak" terminoa, "egiteko erregelak"-era mugatuko dut, konnotazio hauek inplikatu gabe.
10. Hemen, beste nahasketa problematikoa bat erazten dut eztabaidatik: erregelen alderdi preskribatzailea eztabaidatzen deno, maiz zaila izan ohi da jakitea ea izan beharko lukeenari buruzko bere ikuspegi *propioa* ematen ari ote den autoreak, edo, aitzitik, aginteak santzionatzen duen ikuspegi bat, erregela preskribatzaileak nagusi direla onartuz. Azken kasu honetan, erregela preskribatzaile jakin baten *nagusitza* ekintza deskribagarri bat da (edo gaizki deskribatzeko modukoa); baina beti nabari da arau preskribatzaile nagusitzaile horrek inolako kontrapartida *praktikorik* ba ote daukan, edo papelean geratzen den, edo gaurdiko ahuntzaren eztula den.

kunean. Baina, hurrengo orrian, hauetako inplikazioaren batean oinarrituz argudiatuko du. Honek zera dakar: nahasketa naro eta ekidinezina¹¹.

Nahasketa are sakonagoa bihurtzen da bertan “eskubide” kontzeptua sartzen denean. “Eskubidea”-k ez dio ezer gehitzen botere deskribatzaileari. Baina substantzia itxura berezi bat ematen die erregela preskribatzaileei. Hauek zerbaiti *buruzkoak* direla dirudite. Beraz, zuzenbideko erregelak direnari buruzko enuntziatu propioak eskubideen terminoekin jaszea, erregelei praktika eta bermeengatik inposatzen zaizkien mugak kontuan ez hartzeko joera areagotzea da. Zuzenbideari buruzko pentsaeraren muinean, pentsaera batek beste bati eragiten dion leku berean, edo zuzenbidearen zati batek beste bati eragiten dion lekuan, eragin hau gizakien ekintzak modu egokian islatzeko ezgai izan daitekeen, eta hala izaten den, idealizazio bat bezala ikusten da. Hitzei dago-kienez, eta ez jokamoldeei; *itxuraz* ulergarria dena bizitzarekin alderatu gabe. Beraz, batek errealitateaz mintzo dela aurreuposatzen du –ikertzeko bulkadarik izan gabe– eskubideez ari denean, eta hitz kontrastatugabe hauek erabiltzen ditu eraikitzen jarraitzeko.

“Eskubide”
kontzeptuaren
hustasuna

Bada beste nahasketa bat zentzu hertsian doktrinari dagokion arloan, erregelez arduratzean sortzen dena, eta eskubideen ideia asoziatuarekin areagotu egiten dena. Hitzak ondorengo pentsaerako oinarri sendo modura hartzen direnean, formulazioak gero eta gehiago sinplifikatzeko joera ia ekidinezina izaten da: formulazioetatik zuzenbidezko sistema progresibo orok neurri superlatiboan dauzkan idazki doktrinaletako desadostasunak ezabatzeko joera; eta bi bidetatik gainera, zeren eta “eskubideak” hitzak *sub rosa* “zuzentasun” nozio gehigarria barnebiltzen du puntu honetan (izan beharko lukeenaren zentzuan). Guztiz doktrinalak diren material batzuk ukatuz, beste material doktrinal batzuren aldeko zuzentasun ideien ondorioei buruz ari naiz, doktrina juridikoko eta doktrina juridikoan dauden gatazken kasuaz; interes handikoa jurista batentzat, nahiz eta normalean garrantzi gutxi izan zientzialari politiko batentzat.

Sinplifikaziorako
joera

Baina joera honek berak jarraitu egiten du material juridikoen eta ez juridikoen arteko nahasketan, zeinak bai zientzialari politikoari, bai juristari eragiten dien; eta hemen nahasketaren giltza astuna “eskubideen” ideia dela dirudi, “erregelen” ideien inolako laguntzarik gabe. “Eskubideak”, atxikita daukan “zuzentasunaren” konnotazioa iradokitzen du beti, soziala, politikoa, ekonomikoa eta, batik bat, morala. “Eskubide” ez legala (zeina eskubide legal bat aldarrikatzeko nahiz merezi izateko, edo horren alde borrokatzeko zio bat zen) “eskubide legalatik” bereizteko interesa izan duten askok egin duten autoanalisi bako zerbait arduratsua egitea eskatzen du; “eskubide legal” hau, ziur aski, ez zen berme xedagarri baten deskribapen hutsatzat hartzen, baizik eta berme motaren bat eduki zitekeenaren aintzatespen ofizial bat bezala. Argi ikusten da premisa txikian dagoen anbiguetate mehatxua¹². Zuzenbide naturaleko teorizatzaileek ezer gutxi egin zuten hori murrizteko.

Interesak

Hirugarren nahasketa hau (baina ikusi nola lehenengoa eta bigarrena ez), lheringen inguruan izan zen polemikagatik azaleratu zen. Polemika hau gertatu zenez geroztik, gure “eskubideak” terminoa eskubide legalak mugatzen saiatzen gara (“sustantibo”-etara, besterik esaterik ez badago), eta honek, juridikoa dena egoera batean dauden gizarte faktoreetatik bananduta mantentzen lagundu du. *Interesak* terminoak, bestalde, gizarte faktoreetara bideratzen du arreta, eta eskubide sustantibo hauek berak, bermeak bezalaxe, helburu batekin bakarrik existi daitezela gomendatzen du. Orain uler-

Eskubide
sustantiboen
xedea:
interesak
babestea

11. Hitzaren dotoreziak nolabaiteko tarte bat uzten du nahasketa hau ekiditeko. “Erregela” ongi mugatzen zaio *preskribatzaile*-aren eremuari. “Paper gaineko erregela” izen argi bat da praktikan kontrapartidarik atxikita ez daukan erregelarentzat. “Funtzionamenduan dagoen erregela”-k, praktikan kontrapartida bat daukan erregela bat adierazten du, edota *kontzienteki* arauturiko praktika bat. Cf. *supra* 3. oharra. “Praktika”-k, behagarria den ekintza baten bilakaera adierazten du, berari buruz inolako normatibizaziora atxiki beharrik gabe. Aurreko artikuluko batean (“The Effect of Legal Institutions on Economics”, *American Economical Review*, 15, 1925, 671 or.) ez nuen azken bereizketa hau formulatzerik lortu; hala ere, argi ikusten da xehetasun garrantzitsu guztiei dagokien deskribapen eta arrazonomendu teknika zehazten duela. Kontuan hartu, adibidez, Ehrlich-en obrak edukiko zukeen balio bikoitza, bere hitzen errepertorioa bereizketa hauek garbiro egiteko eta bere pentsaera aparta zalantzetatik aske bere gisara jarduten uzteko erabilgarria izan balitz.

12. Auzi jartzaileak eskubide bat aldarrikatzeko baldin badauka, juridikoki aldarrika dezake. Auzi jartzaile honek eskubide aldarrikagarri bat dauka. Ondorioz, auzi jartzaile honek juridikoki aldarrika dezake bere ekintzan. Honek zuzenbidea hobe dezake. Hala egin du. Dena den, honek ez du *zientzialari* batek erabiltzeko moduko arrazonomendu mota onena bihurtzen.

tzen da beren xedea interesak babestea dela. Baina ez dakigu ziurtasunez zer diren interes horiek. Horregatik, eskubide sustantiboen atzean (ez daukagu eskubideok auzitegiek *egiten* duten ezerrekin alderatu beharrik) interesak dauzkagu orain (hauek ez dira zertan ezertxorekin alderatu behar, eta gure artean ez daude hauen existentzia, norainokotasuna, izaera eta garrantziari buruz —nahiz absolutuki nahiz erlatiboki hartuak izan— ados jartzeko gai direla diruditen bi pertsona ere). Aurrerapen zientifikoak bistakoa izan behar luke berriz ere. Erabateko subjektibotasunera iritsi gara¹³.

Zer da interesa?

Garapenaren maila honekin, bada, helburuen kate bikoitz batera iristen gara. Interesarekin hasten da. Hau, zuzenbidea edozein izanik ere existitzen den motaren bateko egitate edo gizarte faktore bat da¹⁴. Eta, zuzenbidea edozein izanik ere, balioa dauka. Gainera, eskubide sustantibo legalen, erregela juridikoen, zuzenbide sustantiboko arauen xedea, bera babestea da. Interes hauetako bat, “trafikoaren segurtasuna” da. Kontratuetaiko zuzenbideko erregela eta arauak, hauek babesteko eta eraginkor egiteko existitzen dira. Erregela eta eskubideak ez dira helburuak, bitartekoak baizik. Baina, beste alderdi batean, helburu bihurtzen diren bitartekoak dira horiek berak (bitarteko gehienak bezala): eskubide sustantiboak eraginkor egiteko bitarteko bezala daude bermeak, erregela sustantiboak gauzatzeko bitarteko bezala. Jakina, maila edozein izanik ere, bitartekoak desagokiak izan daitezke, gaizki hautatutakoak, antiekonomikoak, eta baita kaltegarriak ere. Horrela, modu metagarri batean, maila bietan egon daitezke. Eskaintza errebokaekin bat egiteko hiru egunez hausnartu behar dela dioen erregela, desagokitzen har daiteke trafikoaren geroko segurtasunerako. Idatziz ipini baldin bada borondatezko akordioen emaitza guztiz osatua dagoela, ahoz egindako zenbait funtsezko akordioak eraginkortasunik ez dutela dioen erregelak zalantza asko sorrazten ditu trafikoaren segurtasunaren bultzatzaile dela esan ahal izateko; aski zalantzarik da gai honi buruz ditugun erregelak nahiko korapilatsuak izateko eta gure praktika judizialak batzuetan oso okerrak izateko. Ondasunen salerosketa kontratueta bermeak uniformizatzen dituzten erregelak —berme horiek epaimahai baten aurrean kalteengatikoa demanda bat tarteratzera mugatuz, eta kasu askotan tirabirarik gabeko merkatu bat aurreuposatzen duten irizpide arbitrarioen bitartez neurtuz kalteak—, berme desagoki bat eskaintzen duten erregelak har daitezke, baita ustezko eskubide eta erregela sustantiboen funtsa *beren* helburuekiko guztiz desagokia dela pentsatzen bada ere. Bitartekoak desagokiak izan daitezkeela diot; baina analisiak desagokitasuna aurkitzen gonbidatzen gaitu. Horregatik, analisi hirukoitzaren kurtsoan (interesak, eskubide sustantibo eta erregelak, eta bermeak) osotasunerako imajinatzen den modua edozein izanik, zuzenbidea gizakiak eginikoa eta kritikagarria, aldagarria eta erreformagarria den zerbait dela dioen modua omendu baino ezin da egin; eta kritikagarria, aldagarria eta erreformagarria da ez soilik zuzenbidearen baitan dauden irizpideen arabera (barne harmonia, erregelen, alderdien eta joeren trinkotasun logikoa, *elegantia juris*), baizik eta baita zuzenbidearen *kanpoaldean* aurkitzen diren irizpide askoz ere garrantzitsuagoen arabera ere, zuzenbideak gobernatu nahiz *zerbitzatu* nahi duen gizartearen.

Erregelak aztertzeko modu okerra

Beste alde batetik, modu honen bitartez aztertzeko erabateko nahasketa eragin du, lehen adierazten saiatu naizen bezala. Eta nahasketa, horrela ekarri eta eramanda, ez da —azterketaren bertuteak bezala— normala, zentzu onean hartuta, eta askotan ez da kontuan hartu ere egiten. Horrek, gorago adierazi dudak iradokizunera narama berriz; alegia, arauak, edo erregelak, edo erregelen kontrapartida logikoa diren eskubideak —*hitzak*, labur esanda— pentsamendu juridikoaren erreferentzia *zentru* bezala erabiltzeak, zuzenbidea denari buruz argi pentsatzea eragozten duela. Gaizki ulertuko ez zaidala ziurtatu nahiko nuke berriz ere. 1) Ez dut esan nahi “zuzenbide sustantiboko erregelak” garrantzitsuak ez direnik. 2) Ez dut esan nahi interes-eskubide eta erregela-bermeen analisisiaz baliatzea, eta aldi berean zuzenbideari buruz modu baliagarri eta argi batean pentsatzea, *posible* ez denik. 3) Eta are gutxiago sustatu nahi dut erregela eta eskubide sustantiboak “zuzenbidea”-ren mundutik kanporatzea. Horren ordez, esan nahi dut 1) zuzenbide sustantiboko erregelek, zuzenbidearen teorizatzaile gehienek beren idazki gehienetan eta beren pentsamenduan suposatzen dutena baino askoz ere garrantzia gutxiago daukatela, eta ez direla eztabaida juridikorako erreferentzia zentru baliagarriena; 2) interesen planteamenduan “eskubide eta erregelak” terminoa egoteak a) arreta

13. Karikatura hau ez zen Iheringen aurka zuzentzen, baizik eta Pound hogeiko hamarkadan zehar argitaratzen ibili zen azpiko materialeren baten aurka. Hala ere, Poundek aparteko zorion gutun bat idatzi zidan: “*Veni post me, me fortior*”.

14. Hau ez da exagerazio bat. Iraganeko zuzenbideak asko lagundu ahal izan dio orainaldiko interes baten existentziari, eta bere itxura eta norainokotasunari.

termino horretara desfokatzeko joera iraunkor bat daukala; b) joera hau ekiditeak argitasunean asko irabaztea esan nahi duela; c) eta hori ekiditen saiatzeari eta aldi berean terminoa kontserbatzea, eztabaida oro alferrikako eta nahiko oztopo deserosorekin nahaspilatzea dela; 3) erregela eta eskubide sustantiboak orain bertan daukaten eztabaida juridikoko *fokatze* egoeratik urrundu beharko liratekeela, *jokaera* judizialaren (edo ofizialaren) eta kaleko gizonaren *jokaeraren* arteko *kontaktu eremu*-aren mesederako; erregela eta eskubide sustantiboak aztertu beharko liratekeela ez berez existituko balira bezala, ezta erreferentzia punturik handiena bezala ere, baizik eta elkarrekintzen eremu honekin etengabe erlazionatuz. Orain bigarren eta hirugarren posizioei biei batera ekingo diet berriro, ondoren lehenengora itzultzeko.

Interes-eskubide-bermeen azterketa: Hitzak versus praktika

Ez dut uste interesak-erregelak eta erregelak-bermeak planteamendutik asko aurrera daitekeenik, salbu zuzenbidea ez dela gizarte guztia, ezta gizartearen zatirik handiena ere, nabarmentzeko, azpimarratzeko; eta zuzenbidearen eta gizartearen gainerakoaren arteko harreman eta elkarrekintzei arreta eskaintzeko; eta, metodoari buruzko gai modura, egoeraren eta elkarrekintzen alderdi juridiko eta ez juridikoak bereizten lagunduko duten hitzak hornitzeko. Eta badirudi frogaketarik gabe onar litekeela zuzenbidearen eta gizartearen arteko erlazioen alderdirik *esanguratsuenak* (ez diot esanguratsuak diren *bakarrak* direnik) *jokaeraren* arloan daudela, eta hitzek garrantzia hartzen dutela bai *jokaera* diren heinean, edo bai beste *jokaera* bat modu ukigarri batean islatzen edo eragiten dutelako. Ez dirudi baieztapen honekin gehiegi aurreratzen denik. Bere egia zentzugabekiro bistakoa da. Eta, hala ere, buruz behera jartzen ditu zuzenbidearen fokatzeko tradizio guztiak, molestatu egiten du. Bere buru gainean ipintzen du onartutako teoria. Fokatzeari, hitzen bidez egiten da; hitzetan oinarritzen da; hitzetik haratago joatean dauka bere zailtasunik handiena. *Jokaerari* buruzko iruzkinik ezean, *isilbidez* onartzen da hitzek egitatez *jokaera* islatzen dutela, eta zuzenbidezko erregeletako hitzei buruzko iruzkinik ezean, *isilbidez* onartzen da egitatez *jokaeraren* eragiten dutela, eta hain modu eraginkor eta zehatzean eragiten diote *jokaerari*, ezen *jokaera* hitz horien arabera egiten dela guztiz. Hementxe dago nahaspilaren gakoa. “Erregelak” eman egiten dira; ereduak kasuan “egin beharreko” erregelak dira, erregela preskribatzaileak: emailearen aginduak, emailearen eginbeharrak, indibidualki aldarrikatutako betebeharrak; benetako erregela izanik epaileek auzijartzailearentzat egitate hauei buruzko irizpena eman beharko luketela. Hortik, sistema juridikoan eztabaidaz *onartutako* pareko betebeharrak egiten dugu salto, jarraitasunerako aukerarik gabe: betebehar nagusietara; agintariek akordatzeko dute epaileek egitate hauei buruzko irizpena eman beharko luketela auzijartzailearentzat. Hemen, jarraitasunerako aukerarik eta ikerketarik gabe oraingoan ere, epaileen *praktikak* kodeetan jasotako eginbeharrei erantzuten diela *suposatzen dugu*; betebeharrak ahozko formulazioek praktikako tirabirak zehatz-mehatz deskribatzen dituztela suposatzen dugu; epaileek epai hori *hain zuzen* egitate horiei buruz ematen dutela suposatzen dugu. Egoera paradoxiko bat, zuzenbidean nahiz bizitzako beste edozein arlotan. Noiztik da edo izan da gizakiek beren jarduerari buruz duten ideologia, praktika ona edo txarra denari buruz dutena, beren praktika efektiboaren deskribapen egokia?

Jokaeraren
garrantzia

Hau da betebeharreko erregelei egindako lehenengo faktualitatezko isilbidezko egozpena. Berehala, modu horretako bigarren egozpen batek jarraitzen dio; hau ere esplizitatu gabea, hau ere ikertu gabea, erronkarik gabea (salbuespen arraro batzuetan izan ezik), edo iradokizunik edo zalantzarik gabea. Orain suposatzen da paper gaineko betebeharreko erregelak, zeinak epaileek jarraitzen duten betebeharreko erregela efektiboa *deskribatzen* duela *suposatzen* den, (alegia, epaileen praktika erabakitzailearekin bat datorrenak), kaleko gizon interesatuen praktika *kontrolatzen duela*, jendearen jokabidea *gobernatzen duela*. Erregutu ezazue halako gau batean ekaitzak harat honat ibili duen marinaren alde! Horrelako olatualdi batetik arrazoiketa argirik irteteko zein itxaropen egon daiteke hemen?

Eztabaida puntu erabakigarri batean eteteko, “amankomunean onartutako erregelek”, epaileek aplikatu beharreko erregelek, ez dutela beren jarrera errealean eragiten iradokitzen ari al naiz akaso? Ez naiz halakorik egiten ari. Ez naiz “amankomunean onartutako erregela” hauek, *batzuetan*, epaileen *jokaera* erreala zehaztasun gehiegirik gabe deskribatzea gerta daitekeenik ere esaten ari. Esaten ari naizena da arraroa dela halako

Erregelaren eta
jokaera
judizialaren
arteko
harremana

ardura deskribatzailea. Galdera da: nola, eta zenbat, eta zein modutan urruntzen dira elkarrengandik amankomunean onartutako erregela eta erabakiaren praktika? Item gehiago: nola eta zenbat *kasu bakoitzean? Ikerketarik egin gabe*, ezin da honi buruz gehiago orokortu. Orokorrean, norberaren susmoek nolabaiteko balioa eduki dezakete. *Partikularrean, ez daukate inolakorik*. Orain ziurtasun osoz dakigun gauza bakarra da erregela desberdinek erlazio guztiz desberdinak dauzkatela epaileen jokaerekiko, beste funtzionarioenekiko, eta beste erregela desberdin horien “gobernupean” dauden (hitz optimista gero!) pertsona partikularrenekiko. Beraz, hemen iradokitzen den fokatzeak oro har onartzen du badagoela *nolabaiteko* erlazioerik amankomunean onartutako *edozein* erregelaren eta jokaera judizialaren artean; eta, ondorioz, ukatu egiten du baieztapen horrek kasu zehatzetan ikertzeko arazoaz gain beste ezer inplikatzeko duenik; eta argudiatzen du erregela partikularren esanahia bizitza fenomenoaren, fenomeno fokalaren ikerketaren *ondoren* soilik azalduko dela: jokaera ikertu ondoren. Eta ez dut posizio honetatik ihes egiteko modurik ikusten, baldin eta zuzenbidearen *zientzia* enpiriko batek errealitatean inolako oinarriarik eduki behar badu, egitateen inguruan nolabaiteko erantzukizunik. Horrela, eta horrela bakarrik, bihur daiteke benetakoa interesak-eskubideak eta erregelak-bermeak analisiak helburutzat zeukan aurrerapen erreala.

Ohar zaitezte nola ez dudan ukatzen beren pentsamendua planteamendu honen baitan konprometitu dutenak ez direnik noizean behin hemen proposatzen denaren garrantziaz jabetzen. “Zuzenbidea-kodeetan eta zuzenbidea-ekinean”. Eta, gainera, puntu honi buruz eztabaidatzen den bakoitzean, horietako bakoitza bere enfasia *ad hoc* birmoldatzen tematzen da; une batez bermea azpimarratzen du, praktikan erabiltzen den bezala, eta bermearen ondorioak ere bai. *Baina ad hoc* egindako birmoldaketa bat da. Kezka zehatza pasatakoan, berehala ahazten da. Ez da ikerketako, eztabaidako, sintesiko tresneriako osagai bat; defentsako tresneriako osagaia besterik ez da. Ez denean borrokaldi batean erabiltzen, jakinmin pertsonal hutsaren edo kanpoko bat-bateko estimulu-erantzunaren ondorioa bezalakoa denean, izar uxo batek bezala distiratu eta gero desagertu egiten da. Hitzzen gaua edertasunez ixten da beti, zeruko marra mehe eta aztoratzailean.

Interesak: zer dira?

Interesei buruzko eztabaidan ere, emankorra izan beharko luke jokaerari buruz, behagarria denari buruz, eztabaidagai diren datuen kontrastazio objektibo gurutzatuaren ahaleginari buruz, horiek deskribatuko dituzten hitzak bilatzeko eta gaizki ez deskribatzeko ahaleginei buruz egiten den gogoeta honek. Zerbaiti “interes” koalitatea emateak, ikerketa zientifiko orok dauzkan usteen gainetik dagoen uste bat darama derrigorrez berekin¹⁵. Puntu honetara iritsita, jokaeraren fokatzeak utzi egiten dio akordio objektibo baten promesa egiteari, honetan salbu: eztabaida askori argitasuna ekarriko liekeela behatutako fenomenoaren azterketa egiteko erabiltzen den planteamenduaren atzean dagoen iritzia singularizatzeak. Honelako fokatze bat edozein “interes” eztabaidatzeko asmoarekin mahaigaineratuz gero –zintotasun zientifikoaren zati gisa–, nagusiki, esanguratsu izan nahi duten jokaeren taldekatzeen existentziaren demostrazioa bezala formulatuko litzateke. Horren ordez, ohiko fokatzeak interesei buruzko formulaziorik zabalenak mahaigaineratzeko joera du, eta formulazio horiek egoerei egozten dizkie, egitate zehatzekiko axolagabetasun dotore bat adieraziz. Lehen labur-labur adierazi dut “trafikoko segurtasun”-ari dagozkion alderdi batzuei diedan errespetu falta. Ez nuke hori esanda bi hitz horiek duten erabilgarritasun handia ukatzen ari naizela ulertzerik nahi, edota gure bizitzako oso alderdi esanguratsuei buruzkoak direnik. Ostera, irriki bizia daukat argi gera dadin eztabaidatzen ari naizena dela ea espeziefiki ematen den arazo bakoitzeko zenbat lortzen den hitz hauen magian fidatze hutsagatik. Uste dut nire lagun Patterson-ek zentzuz deskribatu duela interesa zer den, une hauetan dagoen garapen egoeran, norabide zehatz batzuk jarraituz *ikerketarantz bultzatzeko* bandera gorri xume bat bailitzan; egoera zehatz bakoitzeko egitateen bilketa eta ponderazio gehiena oraindik egin gabe bezala utziz. Lehenago aipatu ditudan kontratuen kasuetan, “trafikoaren segurtasuna”-k galdetzailearen formulaziorik erabilgarriena adierazi nahiko luke beretzat:

Jokaeren
taldekatzea

Patterson-en
deskribapena

15. Adibidez, ikertzea merezi dueneko ustea: ondorioak egitateekin etengabe alderatzea merezi duela eta behatutako egitateetatik atera daitezkeen ondorioak ateratzen saiatzea; baita ere, ziurrenik, merezi duela ondorio horiek argitaratzea horiei buruz eztabaidatzeko, edozein izanik ere aurkatu beharreko aurreiritziak edo nahas ditzaketen amankomunean onarturiko baloreak.

zein trafiko mota barnebiltzen ditu? Zenbat transakzio? Zein ondorio izan ditu orain arte? Zein porrot mota izan dira? Zein ondorio izango litzuke proposaturiko aldaketa bakoitzak? Zein desio ez diren balizko ondorio izango litzuke alderdi interesatuentzat? Eta abar. “Trafikoaren segurtasuna”-k ez luke ezer finkatuko. Egitateak argitu orduko, zuzenbidearen alderdi askotan garrantzitsutzat jo den legegintza politika ildo bat iradokiko luke, baina kasu bakoitzean kasu zehatz horretarako aipagarriak diren egitateei printzipioen ildoen garrantzia hau argitzen utziko lieke. Beraz, ez litzatake iritzi subjektiboa ezertan ezabatuko, baizik eta, datu objektiboen bidez, iritzi subjektibo baten funts eta erlazioak argiztatuko lirateke. Eta horrela, *egitateen arteko* konparaketa bat egongo litzateke, eta ez *hitzen artekoa*. Ez litzateke izango hitzen formulazio batekin adierazten den “zuzenbideko erregela” bat den interes bati buruzko hitzen beste formulazio soil baten konparaketa, inork ez dakielarik bizitza praktikoan zer esan nahi duen erregela horrek, eta inork aztertu ez duen araua izanik. Hobeto esanda, datu objektiboen ordean, interes bat *apropos* adierazten duten datu *espezifikoak*, epaileen *egitatezko jarduerekin* eta *apropos interes bat adierazten duten datuei* buruzko ekintzen *egitatezko ondorioekin* konparatuta. Eta epaileen esanek ondorio frogagarriak baldin badituzte, gehi biezazkie konparazioari. Zer gehiago da aipatzeko modukoa? Edo hobeto: ba al da *hain* aipagarria den besterik?

Lehenago jada esan dut hau guztia hiruko planteamendu analitiko deserosoena-
ren bidez egin daitekeela¹⁶. Jada esan dut zenbaitetan hala egin izan dela. Jada esan

16. Artikulu honetan zehar batez ere postmortemizatzailaren, behatzailearen, antolatzailearen, zientzialariaren ikuspuntutik ari naiz mintzatzen. Baina utziezadazue bide batez goraiztiak ematen pentsaera juridikoko beste lau ildori, zeintzuei proposaturiko fokatzearen erabilgarritasuna zalantzagarria iruditzen zaien baita ere.
- a) Lanean diharduen abokatuarena. Ekintza uneetan, kasu edo egoera baten aurrean, bere arrakastaren neurria, fokatzeko hau erabiltzen duen neurrikoa da. (Egitate honetarako ez du axola zein heinean erabiltzen duen kontzienteki, eta zeinean intuitiboki). Bezero zehatz bat egoera zehatz batean ekintzen zailtasunen artean bideratzean, edo auzitegi zehatz bateko pertsonala ondorio zehatz batera eramatean datza bere lana. Bere fokatzeko, desio dituen ondorioek osatzen dute, eta ez formulazioek, eta tradizio judizialari nahiz norbanako berezitasunari buruz dauzkan ezagutzak bezala erabiltzen ditu formulazioak: desio duen ondorioa lortzeko tresna gisa. Honek ez du esan nahi bere teknika garatzeko praktikan jarritako guztia kontzienteki diktatu edo eman daitekeenik. Are gutxiago esan nahi du bere teknika propioaren kontalari leiala dela behin eta berriro esatea.
- b) Legegilearena. Hona hemen emaitzak nahi dituen gizon bat. Nola jar daiteke zalantzan bere borrokatik erator daitekeen erabilgarritasun gehigarria, ekintza ofizialeko eta ekintza ez ofizialeko egitate behagarriak gertatzen diren moduan? Gainera, politikari arrakastatsua nahiz abokatu arrakastatsua, zuzenbidearen errealitatei buruz daukaten pertzepzioaren ondorioz, hitzen artean galduta dabilen teorizatzailea guztiz lotsarazten duten gizonak dira.
- c) Zuzenbidearen filosofoarena; “zuzenbidearen helburu” eta gizarte baloreen alderditik. Nonbaitetik hartzen ditu filosofatzeko datuak. Bere filosofiaren balioa datu hauen arabera da hein handi batean. Bizitzako datuak izanez gero, bere arazoak erreago bilakatzen dira, beren alderaketa errazagoa, bere pentsamenduaren oinarria eraginkorragoa. Honek behintzat esan nahi du “zuzenbide positibo”-aren kritikari hautatzen dizkion baloreak aplikatzen dituenen, bere garaiko ekinean-ari-den-zuzenbidearekin konektatzen duela, eta ez kodeetakoarekin bakarrik. Mistiko huts bat izanez gero, garrantzirik gabea izan daiteke; bestela, etekinak ekidinezina dirudi. Zuzenbideko logika formalaren aldeko sutsuarentzat, irudia desberdina da. Hitzeez, esakuneez kezkatzen da. Ziurrenik, eginbeharraren erreinuaren –doktrinaren– barruan kokatzen diren esakuneez, ustez sistemak amankomunean onartutako doktrinan. Behin bere esakuneez dituenen, hemen eztabaidatzen den fokatzetik askatzen da. Bi lekutan aurkitzen du fokatzeko hau: lehenengoa, bere sinboloei eduki zehatz bat ematen dienean, hasteko. Ez litzateke logika aldetik hain arduratsua izango, baina bai erabilkorrak, funtsezko eduki hau egitate behatuetan lortzeko xedea balu, eta ez paper gaineko hitzetan soilik. Eta, bigarren, prozesu logikoa amaitu denean eta bere emaitzak zerbaitekin alderatu nahi dituenen, beste sistematizazio bideren bat ez ote litzatekeen hobea izango frogatzeko jokaeraren eremua erabil dezake modu eraginkor batean, alderaketa egiteko. Baina logikoari buruz esan dudanak, gai inplizitu baten prozesu esplizitua iradokitzen du artikuluan zehar. Jokaeraren kontaktu eremua zuzenbide gisa har daitekeen guztia erreferentzia punturik erabilgarria dela esatea, ez da espezialista batek lanik erabilgarria erreferentzia puntu horretara iritsi ere egin gabe egin ez dezakeenik esatea. Iritzi judizialen logika formalaren azterketa xehe bat, azterketa erabilgarria izango litzateke. Baina berriro esango nuke bere erabilgarritasuna ikaragarri handituko litzatekeela instrumentalismoaren, elementu pragmatiko eta soziopsikologikoen azterketa arduratsu baten bidez. Eta kasu horietaz kezkatuta dagoen gizarte batean dituen ondorioei buruzko azterketa arduratsu batetik ere geometrikoa litzatekeen inkrementu bat emango litzatekeela. “Hitzen” eta “erregelen” oraingo fokatzetik, joera guztia azterketa hipotetiko hauen arteko lehenengoa behatzera mugatuko litzateke, edo pixka bat aldatzera. Jokaeraketa-kontaktuen fokatzetik, horietako bakoitza ongi etorria izango litzateke, baina norabide nagusia azkena osatzera bideratuko litzateke, lehenengoaren esanahia dezente pentsatuta edota are, ulertuta, izatera iritsi baino lehen.
- d) Epailearena. Gure helburuetarako, ez zait iruditzen auzitegi bateko kide modura bere lankideekiko daukan jarrera lanean ari den abokatuarenetik gehiegi desberdintzen denik. Bere *buruarekiko* daukan fokatzeko, auzian dagoen kasuari buruzko bere iritzia formazioa barnebiltzen du (filosofoaren fokatzeko bezala), behaketaz eta iragarpenaz gain. Zaila egiten zait bere iritzia eraginkortasun handiagoko izateko modurik aurkitzen ez duela onartzea, berak bere arazoa ez paper gaineko formulazio abstraktu baten jardura soila bezala, baizik eta auzitegian *lan egiteko modu* bat bezala ikusten badu, *zeinak*, *bere bideari jarraituz*, *jendeari eragingo dion*. Azken fokatzeko honek, egia da, erabakiaren ondorioak *aurreikusteko* bere eskura dauzkan bitarteko guztiak erabiltzera behartuko du. Ikuste hau, jurisprudentziako ekintzen-ari-den-jakinduaren funtsatzat jo izan da; eta zuzen, ene ustez. Deskribatutako fokatzeko kasuen portzentaia handi batean errealitate bihurtu beharko luke ekintzen-ari-den-jakinduria hau. Beste nonbait azaldu dut ondorio garbia, zalantzarik gabe, zuzenbidearen diskrezio eta sorkuntza judizialaren eremu tradizionalaren adierazpena izanik, honek ez lukeela zertan alarma pizteko inolako zio kontserbatzailea izan behar: lehenik eta behin, hedatzen denean ere arlo honek ikaragarri estua izaten dirauelako osotasunean hartutako zuzenbidearen alboan, edota zuzenbidearen mugimenduaren alboan (hamarkadetan zehar izandako aldaketa metatzailak bakarrik nabarmenduz); bigarrenik, ez duelako tradizio kontserbatzaileak oraindik bedekatu gabeko inolako aldaketek teknikarik sartzea aurreikusten, baizik eta mendeetan zehar onartat jo diren amankomunean onartutako tekniken berrantolaketa bakarrik aurreikusten du, kontzienteki erabiltzeko; hirugarrenik (hau fede artikulua bat da, ez oraingoz frogagarria den gai bat), inguruabar hauetan gertatutako aldaketa motak ekintza ofiziala ohiko beharrekin moldatzera gehiago bultzatzen duelako; eta bada deuseztatzeko joera dagoen beste aldaketa mota bat, gaur egun etengabe baina izkutan gertatzen dena: ahozko formulazioak gainsinplifikatzeko aldaketa, eta inoiz aplikatu ez ziren eta bat ez datozten kasuetara gain-“aplikatzeko”. *Präjudizienrecht und Rechtsprechung in Amerika* (1933).

dut hau oso gutxitan egiten dela, eta planteamendu honen joera zehatza hori gertatzea ekiditekoa dela. Arreta, fokatzeko puntua, jarrerarantz desbideratu gabe, joera honek agerian jartzen jarraituko duela iragartzera ausartzen naiz.

Erregelen eta eskubideen esanahia jokaeraren azterketaren ikuspuntutik

Benetako erregela eta eskubideak

Zein da horrelako fokatzeko batean erregelek eta eskubideek daukaten lekua? Hauek zuzenbidearen eremutik banatzen saiatzea, errealitatetik aldegitzea litzateke. Benetako "erregela" eta eskubideak, paper gaineko erregela eta eskubideetatik bereizten hasi beharko nuke. Lehenengoak jarreraren arabera sortu dira; bermeentzat, auzitegien jarduerarentzat, beste izen batzuk, ikur takigrafiko batzuk baino ez dira. Deskribatzaileak dira, ez preskribatzaileak, auzitegiek beren praktikekin jarraitu beharko luketela suposa dezaketen neurrian salbu¹⁷. "Benetako erregelak" esamoldearekin, hitzekin asmatzen baldin badut behintzat, *zuzenbidearen zientzialariek* auzitegien praktikak ulertuko litzuzke; inola ere ez "erregelak". Eta zientzialari horientzat, "eskubideen" enuntziatuak, egoera zehatz batetik ekintza judizial motaren bat azaltzearen aukeraren enuntziatuak lirateke. Hitz faktikoak. Besterik ez. "Eskubide"-en erabilera honek, behintzat, entzute nabarmena dauka jada Hohfeld-en jarraitzaileen artean. "Benetako erregela" kontzeptu honek ez dio ospea lortzeari utzi, Holmes-ek argi eta garbi formulatu zuenez geroztik. "Paper gaineko erregelak", tradizionalki zuzenbideko erregelatzat jo direnak dira: denbora eta leku batean amankomunean onartutako *doktrina*; kodeek "zuzenbidea" dela diotena. "Benetako erregela" eta eskubideak —"auzitegiek kasu zehatz batean egingo dutena, eta ez besterik"—, beraz, iragarpenak dira. Berritortu diot denaren eremuan daudela, eta ez izan behar duenaren eremuan; fede onez, beren iradokizunak efektiboki xedagarriak diren bermeeetatik apur bat ere harago ez eramateko asmoa daukate. Ikur takigrafiko guztiek bezala, konnotazio arriskutsuak izaten dituzte berentzat guztiz egokiak ez diren egoeretara aplikatzen direnean. Baina haien asmo eta ahalegina, deskribatzearena da. Eta Max Weber-en (ikus 7. irudia) aukeren formulazio aparta esleai dakieke: eskubide bat (edo praktika, edo "benetako erregela") existitzen da A-k B-ren kalteengatik auzitegi bat kalteordainarazteko aukeraren bat daukan *neurrian*; are gehiago, *balizko kalteordainak A-ren kalteak estal ditzakeen neurrian*. Honela, eskubide eta "erregela" sustantiboak, adjektiboetatik desberdinak, desagertu egiten dira maila deskribatzailean. "Erregela" baten neurria, eskubide baten neurria, egoeraren inguruan egin daitekeena da. "Benetako erregela" edo eskubide baten esanahi egokiak, egoeraren inguruan egin daitekeenaren muga prozesal guztiak barnebiltzen ditu. *Deskribapena*-ren esku uzten dira, alde batetik, jokaeren taldekatzeak (eta itxaropen [edo/eta behar] egiaztagarriak), zeintzuek interes bat osatzen dutela pentsa daitekeen; eta, beste aldetik, auzitegien praktikek gizaki arruntaren jarrera eta itxaropenetan dituzten ondorioak. Izanaren munduko egitateak, zuzenean era berean izanaren munduan dauden beste egitateekin konparatzeko.

Errealismora itzulera

Agidanez, erregelak soilik berme modura ulertzeko modu krudel eta zaharkitura itzultzea, nolabait esatearren? Pentsamendu juridikoa tradizioak mugatzen duen prozeduraren zehazgabetasunetan konfinatzera itzultzea? Ez zehatz-mehatz. Ikuspuntu primario honen errealismora egiten den itzulera da. Baina errealismo sofistikatu batera egiten den itzulera sofistikatu bat. Jada abandonatu egin da zuzenbidea zuzenbidea existitzen delako existitzen denaren supositu zaharra; auzitegiak egiten ari direnaren xedeari buruzko ikerketak aurrera darrai eta horretara berrituzi da, eta, kritika, aldez, bitartekoak kritikatzeko helburuak identifikatzera. Hemen iritziak jokoan sartzen dira berriz ere, eta hala egin behar dute. Jokaera partikularrak, zehatzak, nahiz "interes baten" presentziak sortzen duen itxaropena behatzean, jokaera hauetan zerbaitek Estatuko funtzionarioen babesa behar duenaren ondorio baloratibora heltzen da. Nolako babesa behar du?, eta zer motako *ekintza* Estatuko funtzionarioen aldetik? Berriz ere iritziarekin lotutako gai bat; baina gutxienez errealitatean oinarritzen dena eta ekintzen bidez ondorioetara iristen dena. Estatuko funtzionario hauen portaera eraginkorra zuzenean konpara daiteke ekintza hipotetiko honekin. Errakuntzarako gune zabal bat dago interesen diagnostikoan eta hauek babesteko portaera ofizial komenigarriaren formak imajinatzean. Baina errea-

17. Nire iritziz, inplikazio hori deuseztatzeak onurak besterik ez litzuzke ekarriko. Praktika jakin baten jarraipenaren kontua, eztabaidagai denean, hobe da esplizituki planteatzea.

lismoa eztabaidan; errealismoa konparaketako mutur bakoitzean; begirada hitzekin oztopatzen duen eremua ahalik eta gehien murriztea ezagutzaren gaur egungo egoeraren arabera, zeinak egiaztatu gabeko gauzen mozorroa jazten duen.

Paper gaineko erregelen lekua eta trataera

Pentsamendu mota honetan, amankomunean onartutako moduan deusezten al dira “zuzenbidezko erregelak”? Nolabait, bistakoa da ezetz. Nahiz eta paper gaineko erregela soilak izan, nahiz eta zuzenbidearen funtzionarioen amankomunean onartutako iragaitea izan, present egoten diraute, eta beren presentziak gaur eguneko ekintza bat bezala darrai –gaurkotasun garrantzitsu batekin–, baina garrantzia *izan behar* duen gaurkotasun batekin, beren funtzionamendu eta eragina argi azalduz. Lehenik eta behin, direna bezala azaltzen dira: agintea daukan betebeharraren erregelak, agente ofizialei zuzenduak, *agente ofizialei agente ofizialek* egin behar dutena esaten dietenak¹⁸. Hauek, edo ez diote inolako arretarik ipintzen esaten dietenari (paper gaineko erregela hutsa, legearen letra hila, kasu zaharkitua), edota hein batean bakarrik ipintzen dute (beren aintzatespenetik at “eraikitako” erregela; batik bat ahoko xarabea ematen zaion erregela, praktikak beste bide desberdin bati heltzen dion bitartean), edota erabateko arreta ipintzen diote (praktika ofizialak ia bete-betean bat dator erregelarekin). Nik uste dut kode ofizialeko arauetako bakoitzak (xedapen legegileak, auzitegi baten erabakian emandako doktrinak, erregulazio administratiboak), agente ofizialek egin beharko luketenaren esakunearekin batera, elementu erdideskribatzaile bat daukala isilbidez; agente ofizialek erregelaren arabera jardungo dutela dioen isilbidezko esakune bat; agente ofizialek horren arabera jardungo dutela dioen isilbidezko iragarpen bat. Ez esakunea, ez iragarpena, ez dira beti *in toto* egiazkoak izaten. Eta hemengo lehenengo fokatzeko puntua, edozein kasuren aurrean, bere egia buruzko eszeptizismoarena da. Nahiz eta amankomunean onartutako konbentzio bat dagoen esakune eta iragarpen hau egia handiena baillitza jarduteko eta hitz egiteko: lanbide juridikoan bereziki markatuta dagoen tradizio bat, lanbide hau ofizialki konprometituta dagoenean. Gainera, lehentasunezkoa da tradizio horrek bere burua egiaztatze joera daukala gogoraraztea¹⁹. Baina ez joera hau bere aurkakoa baino boteretsuagoa ez dela gogoraraztea bezainbeste: isilean egitatezko iragarpena faltsutza jotzen duen beste joera, iragarpenak funtzionatu egin duela sinestearen nolabaiteko desioa baretzeko hitz konbentzionalen ukendu batean lasaitzen den bitartean.

Agente ofizialei zuzendutako erregelak

Honela, konplexutu egiten da erregelen eta eskubideen formulazio ofizialen arazoa. Lehenik, jada existitzen diren eta present dauden formulazioei dagokienez: amankomunean onartutako doktrina. Hemen, berriro diot, begi zuhur eta eszeptiko bat zabaltzen da, errealtatean portaera judiziala paper gaineko erregelak (inplizituki) baieztatu nahi duena ote den ikusteko. Benetan jazotako kasuek nola funtzionatzen duten aztertuz, subjektuan bilatzen da praktika erreala. Zehaztu nahi da paper gaineko erregela zein punturaino den erregela, zein punturaino den *soilik* paper gainekoa²⁰. Paper gaineko erregelaren eta errealtatearen arteko konparazio honetan, jokabide judizial *eraginkorra* ulertu nahi da; epaileen eta letratuaren argudiaketan paper gaineko erregelei ematen zaion erabilerari ere begiratzen zaio, eta beren presentzia ofizialak erabakietan daukan itxurazko eraginari. Jakin nahi da noiz formulatzen den baztertuta utzirik; noiz formulatzen den jaramon egiten zaiola; noiz eta zergatik murrizten, zabaltzen edo aldatzen den

Erregelek portaera judizialarekin daukaten harremana

18. Hau obligaziozko erregela ofizial *guztietako* egia bezala sostengatzen dela uste dut, beren forma edozein izanik ere. Beren ondorioez ari naiz, ez beren xedeez. Eta gizaki arruntaren eskubideak, ofizialen praktikaren pantailatik sortzen dira, gizartearen isla moduko zerbaiten bitartez. Ehrlich-ek inteligentzia deskribatu zuen fenomenoak, Estatuaren gobernatze makinen ezarpena gobernatzen duten erregelak jaso baitzituen. Filosofo edota araulari batek, zeinak buruan sartuta izango duen erregelen xedea azken batean “gobernatuak” jarreraren eragitea dela, eztabaidatu egingo du hau. Soziologo bat, gertatzen dena ikusi eta deskribatzearekin kontentatzen da (eta proposatu zenarekin *alderatzearekin*). Epaileari arauaren norabide hau emanez, zein atseginkiro egokia den berari zuzenduta dagoen eta zer egin esaten dion erregela baten eta epaimahaia nola bideratu behar duen esaten dion erregelaren arteko bereizketa!
19. Ehrlich-ek, berriz ere, dotoreziaz ateratzen du hau argitara.
20. Eta jokaera ofizial edo judizialaren eta jokaera amankomunaren arteko ondorengo kontaktu eremuen bidea hartuz, askoz ere ur sakonagoetara iristen da: nola funtzionatzen du paper gaineko erregelak (hau da, ba al dauka jokaera inolako isla edo kontrapartidarik) beheko auzitegien kasuan, apelaziorik gabe? Inoiz ba al du inolako eraginik? Nola eragiten die administrazio agenteei? Nola eragiten du inolako instantzia ofizialek sekula iristen ez den jendearen arteko transakzioetan? Zantzu guztiek hau guztia doktrinaren asentamendua baino askoz ere garrantzitsuagoa dela adierazten dute, edota goi auzitegiak egitatezko praktikak baino. Dokumentatua dagoenak balorearen –eta baita tipikotasunaren– itxura min bat dauka, oraindik ikertzeke dagoenaren aurka.

esplizituki, paper gainean beste erregela berri bat sortuaz. Kasu bateko egitateen “interpretazio”-an aplikazio, aldaketa edo saihezketa *isilaren* mailari begiratzen zaio, paper gainekeo erregelaren lengoaiaren aurkako borroka esplizituarekiko nahiko desberdina den beste maila honekin alderatuz. Paper gainekeo justifikazio on bat eskatzearen tradizioa zeinen irmoki dagoen oinarrituta ikusten da, edozein erabaki –egitateen oinarrian apelatuta egon arren– onartu baino lehen. Eta modu berean, formulismo ofizialek eztabaida eta konbentzitze tresna gisa daukaten garrantzia ikusten da; beraietatik erator daitezkeen estimuluak nahiz beren lengoaiak ezarritako mugak ikusten dira. Azkar batean, halaber, ikusten da formulismo ofizial guztiak ez direla honi dagokionez berdinak, ezta auzitegi guztiak ere, ez eta garai eta inguruabar guztiak formulismo guztietarako auzitegi berdinean. Hortaz, auzitegiaren jokabidean eragiteko formulismo ofizialak *manipulatzea* arte bat da, oso aukera gutxi dauzkana rutina bilatzeko edo (orain arte) deskribapen zehatz eta egoki bat izateko. Eta formulismo ofizialen eta egitatez gertatzen denaren arteko aldeak, handia edo txikia izan, merezi duen lehentasunezko arreta dauka.

Paper gainekeo erregelak eta kontrol berria

Erregela ofizialen ahozko formulazioa

Hala eta guztiz ere, erregela ofizialen formulazio *berria* hemen iradokitzen diren fokatzeeen eraginpean ikusten saiatu naiz, existitzen diren formulazioen bidez egin beharrean. Formulazio berri hau, asmo batekin egiten da beti²¹. Asmo hau (gogora bedi “interesen babesa”, *supra*), *ahozko formulazioa*-ren bidez gauzatu behar da. Behar hori, gure tradizio juridikoan oinarritzen da neurri batean: gure agente ofizialek, ahoz formulatutako erregelen estimulupean eta arabera funtzionatzen dute hein handi batean²². Gainera, ahozko formulazioak, ekintzaren aldaketa *berriari*, *planifikatuari* dagozkionak zehazki, neurri batean komunikatzeko tresnak dira gizarte konplexu batean; bereziki garrantzitsuak dira neurri handi batean bulego bateko erregistro idatzien esku dagoen gizarte batean, aurrerantzeko administratiboen eta belaunaldien arteko praktikaren jarraitasuna mantentzeko. Baina asmo bat ekintzen bidez, jokabideen bidez, behin betiko gauzatzen den unetik, ahozko formulazioa, eraginkorra izango bada, desio den jokaera sortarazteko moduan egin behar da²³. *Honek, gailentzen diren praktika esanguratsuei eta pertsona esanguratsuei eragiten die*. Ilustrazio doktrinal amankomun batean, lege xedapen batean erabilitako lengoaia existitzen deneko zuzenbide amankomunaren arabera “irakurriko da”, eta lengoaia honen aurre eraikitze jurisdikzionalaren arabera. Baina hau gaiaren mailarik superfizialena, azalekoena da. Honen azpian, nagusi diren praktikarik beharrezkoenak aurkitzen dira, hala nola lehen zakarkeria pixka batekin deskribatu dudana erregelen *manipulazio* ofiziala; hau da, auzitegi eta abokatuen praktikak.

Jokaeren ikerketa erregela berriak formulatzeko

Baina formulazio berriari dagokionez (bereziki lege forma hartzen duena), jokaeraren arazoa legeari jarraituz aukeratu den pertsonaren praktika hauek baino maila sakanago batean dago. Helegiteetako auzitegiek erregela ofizial hauek erabiltzen dituzten moduak, proiektu legegileen autoreek askatu beharreko korapiloetan estuena askatzea aurreraposatzen du: kasua auzitegian dago oraindik; norbait formulismo ofiziala heleginda dago jada. Bien bitartean, proiektu legegileen autorearen arazorik handienetariko bat,

21. Zoritxarrez, hau sinplifikatzaileegia da. Asmoak adina partehartzaile egon daitezke. Eta, ia beti, formulatzen duenak daukan asmoa eta berak publikoki ematen diona ezberdinak izaten dira.
22. Faktore honek ez dauka inolaz ere paperaren gainekeo erregelen zaletu sutsuek ematen dioten garrantzi eskusiboa. Behatzailerik bizkorrenek zera azpimarratzen dute etengabe: zein beste esanahi dauka “arauak garatu eta aplikatzeko” teknika tradizionaletan ipinitako azentuak; bulegoko *praktikak*, edo Konstituziokoak, zeinak lekuko azentuak aldatzen dituen, eta sarritan instituzio osoak sortu edo indargabetzen; erregela baten “interpretazio progresiboa”; doktrinan esperientziak daukan garrantzia, “trebakuntzaren” jabeena? Eta horrela behin eta berriro. Bestetik, ahoz formulatutako erregelen faktorea aski garrantzitsua da, hainbeste denboran zuzenbidearen muintzat edota, are, sustantziatzen jo izateko. Ez dira erregulartasuna *sortzeko* makineria bakarra. Ahoz formulatuta ez dauden ohitura, praktika, esperientzia eta tradizioa funtsezkoak dira erregulartasunerako. Baina bera *sortzeko* faktore bat dira, agente ofizialek hitzen aurrean erreakzionatzen duten eta irakurtzen dituzten heinean, antzeko modu batean. Gainera, erregulartasuna *kontrastatzeko* tresna nagusia dira, arrotzek agente ofizialak diskrezionaltasunaren beharrezko muga barnean ibiltzen ote diren ideia bat izaten uzteko. Eta, esan bezala, erregulartasunaren aldaketak sartzeko elementurik funtsezkoa dira. Jokaera ofiziala erregulartasunik *gabe* gertatzen den lekuan, ikuspuntu zaharrek ez diote zuzenbide izaera aitortu nahi izaten (berenganatutako irregulartasuna, edo kadiren justiziaren gutizia, edo antzeko gauzak). Ez nago honekin ados. Kontzeptuaren ilustraziorik perfektuena bezala, jokaera ofizial *erregularra* azpimarratu beharko nuke noski; baina jokaera erregulartasuna baino funtsezkoagoa dela ikusten dut, desio den erregulartasunari buruzko paper gainekeo adiera hutsa baino funtsezkoagoa –ideal bat zein punturaino adierazten duena salbuetsiz–. Beno, paper gainekeoa.
23. Artikulu honetan ez naiz jokaera, ekintza, jarrera definitzen saiatu. Ez daukat aukeren jaiotza eta zapuztea, itxaropen eta beldurren sortzea, etab. bezalako gauzak bazterreratzeko inolako asmorik. Aukeratu dudana fokatzeko, aukeren jaiotza edo zapuztearen asmoaren oinarriak kasu bakoitzean ikertzeraz zuzentzen da irmoki; eta baita aukerak zeintzuk eta norenak diren ikertzeraz ere. Baita, adibidez, epaileen pentsamenduaren prozesuak, ideologiek epailetan eta jende arruntean duten eragina, etab. Cf. *American Economical Review*, 15, 670. or., 17. zkia.; 675 or., 32. or.

aldeztatik existitzen den jokaera ikertzea da, bere formulismoa erregela ofizial bilakatzeko moduan konfiguratu behar du (ekar ditzakeen ezadostasun guztiekin); bestelakoan (hitzen bitartez bere eduki miresgarriaren osagaiak baketzea izan ezik beste edozein helbururako), airean disolbatuko da bere hatsa²⁴.

Bigarren funtzio bezala, bere formulismoak tradizio judizialaren gain eragina izatearen alde borrokatu behar du, kasu batek, auzitegira heltzen *denean*, desio diren ondorio aktiboak izan ditzan. Oraingoan ere, ezer gutxi irabaziko da gaia lantzearekin. Badirudi argi dagoela errealismoaren eta pentsamenduaren eraginkortasunaren mozkinera iristeko modu bakarra dela formulazio ofiziala sistematikoki (eta ez noizean behin) tresna gisa ikustea, eta ez berezko balioa daukan zerbait bezala; esanahirik ez daukan bitarteko bat bezala –bere jardueran izan ezik–, eta bere jardueretan zentzua daukana soilik jarduera hauek desio diren ondorioekin konparatzen direnean. Lehen erabilitako hitzetan esanda: *prima facie*, paper hutsa bezala, aurkakoa frogatu ezean; eta, kasurik onenean, finkatuta baina mugimenduan dagoen giro bateko elementu berri bat bezala; praktika, ideia eta erakundeen gune bateko elementu bakar bezala, horiek aztertu gabe elementu isolatuak ez duelarik ezer esan nahi. Horrela, proposaturiko fokatzak ez du erregelen deuseztapena adierazi nahi, baizik eta beren botere eta ondorioak izugarri handi ditzakeen modu batean hitzek eta paperek daukaten egoera²⁵.

Tradizio
judizialaren
formulismoaren
onurak

Kontzeptuen lekua eta trataera

Erregelak bezala, kontzeptuak ez dira deuseztatuko, ezin dute. Jokaera heterogeneoegia da hori egiteko, ordenazio artifizialen baten ondoren izan ezik. Guk behaketa deritzoguna osatzen duten inpresioek ez daukate erabilgarritasunik, ordenen batean elkarrekin ipintzen ez badira behintzat. Eta pentsamenduak ere ezin du kategoriarik gabe funtzionatu.

Fokatz errealista batek, ordea, bi iradokizun azpimarratuko lituzke kategoria horien konfigurazioan. Lehenengo iradokizuna, sailkatzea nahastea dela jakitean oinarritzen da hasiera batean. Enfasiak egitea azentuat sortzea da, zeintzuek aztergai den daturen bat iluntzen duten eta beste batzuei fikziozko balio bat ematen dieten; helburu bat lortzeko beharrezkoa den heinean soilik justifikatzen den prozesu bat. Helburu honen arabera identifikatu beharreko datuak, egokienak balira bezala agertzen direnak dira, argi eta garbi. Baina benetako egokitasuna, ikerketak aurrera egin ahala bakarrik ikus daiteke. Hori dela-eta, edozein arazo berri baten fokatz errealista bat eszeptikoa izaten hasiko litzateke, arazo berrirako konponbide bat lortzeko fenomenoaren ordenazio efektiborako *jasotako* kategorien egokitasunari dagokionez. Oso litekeena da dauden bezala jasotako kategoriak perfektuak izatea helburu honetarako. Baina, hala ere, ezinezkoa da hala gertatzea. Iradokizuna, hortaz, hau da: helburu berria gogoan izanik, berriz ere datuetara hurbiltzea, ahalik eta gordinen hartuz, eta jabetuz eskura dauden kategoria tradizionalak benetan zein punturaino eta zein neurritan estaltzen dituzten datu gordin garrantzitsuenak. Eta hau, kategoriatan aldaketa hauek egiten hasi baino lehen; litekeena baita hori egitea beharrezkoa edo komenigarria izatea. Iraganean izan zen generalizaziorako joera ikusirik, hau ziur aski kategoria txikiagoak sortzera dator, zeintzuek jasotako kategorien barnean azpitaldeak osa ditzaketan, edota kategoriok desagertarazi.

Fokatz
errealistaren
iradokizunak

Fokatz errealista baten beste iradokizunaren oinarria da, kategorია eta kontzeptuek, behin formulatu eta pentsamendu prozesu batean sartuak izan ondoren, esperientzian inolako oinarriarik ez daukaten irmotasun, errealitate eta balioko itxura hartzeko joera daukatela. Are gehiago: hasiera batean behintzat aztertutako datu batzuren ereduaren arabera formulatuak izan arren, berez, behin pentsamenduaren antolakuntzan sartu direnean, joera izaten dute bai dagokien datuen presentzia iradokitzeke, nahiz eta datu hauek efektiboki present ez egon, bai datuen edozein behaketa zuzen kategorien ildo eta formatara egokitzeke. Hau lehenago eztabaidatu da, erregelei aplikatzean; dena

Kategoria eta
kontzeptuen
irmotasunerako
joera

24. Auziaren beste alderdi batzuk garatzen ditu nire "Law Observance and Law Enforcement" artikulua, *Proceedings of Conference of Social Work* (1928), 129. or. eta hurr.

25. Ilustrazio azkar eta erraz baterako, aldera bedi *Uniform Commercial Code*-ko 2. artikulua zaharragoa den *Uniform Sales Act*-ekin.

den, edozein kontzepturi dagokionez egiazkoa dela onartzen da. Kontzeptu juridikoen kasuan, ordea, arazo asko sortzen ditu; izan ere, kontzeptuaren jatorria den egitatezko eredua desagertu edo ezagutezin bihurtutakoan, kontzeptu juridiko kristalizatuak irauteko joera baitaukat. Adibide xume baina bikain bat: “nagusi-esklabo” kontzeptuak lan industrialeko egoera berri batean zehar birregokitzapen bakoitzari agertzen dion erresistentzia. Fokatze errealistaren alde legokeenak, hemen, kategoria eta datuen artean etengabeko alderaketa atzeraeraginkor bat egingo luke, datuak oraindik ere *kategoria-izenak iradokitako forman* present ote dauden ikusteko. Honek atzeratu egiten du pentsamendua. Baina, behin lortutakoan, zerbait esan nahi duten ondorioetara eramaten du.

Jarreraren fokatzearen aurrekinak

Metodo
konparatuak

Hau guztia ez da batere berria gizarte zientzietan. Etnografo garaikidearen lanarekin bat dator. Honek, praktikaren deskribapen neketsu eta objektiboa, praktikaren *erlazio* lokalarekin ordeztzen du, edota (okerragoa dena) praktika lokaleko harreman batekin, edo behatzailearen konbentzioek maitagarriro desitxuratutako ideologia lokalarekin. Psikologiako metodo objektiboaren garapenarekin bat dator. Logikaren garapen pragmatiko eta instrumentalekin bat egiten du²⁶. Soziologia, ekonomia eta politika zientzietako fokatzeko berrien bitartez, azken urteotan sortu diren kezka metodologikoetatik probetxua ateratzen saiatzen da. Ezaugarri berri bakarra da fikzioz eratutako diziplinari konbentzionalenari aplikatzen zaiola, zuzenbideari. Funtsean, zuzenbidearen Eskola Historikoa alde batetik, eta Bentham eta Iheringen azken ildoak bestetik, hemen azaldutako teorizazioa hurbiltzen joan ziren. Bi belaunaldi lehenago, Holmesen pentsamenduak ia bide guztia egin zuen. Azken hamarkadetan berrikuntzaren eitearekin egin dena, teorizatzeaz haratago doazen teorizatzaileen eskutik etorri da, ildo mota hauek jarraituz jokaera juridikoari buruzko datuak bildu eta interpretatzera zuzentzeko: Ehrlich, Nussbaum, Hedemann, Brandeis, Frankfurter, Moore, Clark, Douglas, Moley, Yntema, Klaus, Handler, Lambert²⁷. Aski direnak bakarrik aipatzen ditut, adierazteko ez dagoela eskola nahiz herrialde bakar bat inplikaturik, eta argi uzteko ikuspuntua antzerki diskurtsiboan zehar mugitu dela eta bere burua eszenatokian probatu duela. Hau finkatu ondoren, fokatzeko honen beste zenbait inplikazio aztertu beharko nituzke.

Ekintza administratiboa Zuzenbide gisa

Administrazioko
agenteen
ekintzen
garrantzia

Horietako hiru batera agertzen dira. Lehenik eta behin, jarrera judizialaren eta “gobernatu”-en jarreraren arteko harremanen eremuan zentratzeko, *elkarrekintzak* azpimarratu behar dira. Bigarrenik, eztabaidatutako kasuetan hain funtsezko diren epaileen ekintzekin batera, beste agente ofizialen multzo zabala dago, zeintzuen ekintzak ez diren garrantzi gutxiagokoak; kuantitatiboki, beren ekintzek askoz ere garrantzia handiagoa daukate, nahiz eta gerta daitekeen epailearen posizioak botere posizio berezi bat ematea. Honen aurretik, epailea eta auzitegia fokatzeko puntu juridikoaren hasiera eta bukaera bailiran argudiatu dut, arintasun zertxobaitekin. Birformulatzeko unea da, aldi

26. Fisika garaikideko fokatzeko operazionala klasiko analogo eta aitzindari bat dela iradokitzen dit Mortimer Adler-ek.

27. Autore desberdinen lana, apur bat desberdinak diren arloetan dago. Gauza berak autore beraren lan desberdinetarako balio du maiz. Eta eztabaidatutakoaren ildoa egin den guztiaren bibliografia zabal bat, luzeegia izango litzateke. Izenburu gehienak apelazioko auzitegien praktika errealearen aurkikuntzaren arlo erabilgarri baina ez hain aurreratuan aurkituko lirateke ziurrenik, auzitegien edo autoreen paper gaineko eredutik desberdina. Zerrenda honetako izenak estadio honetako lanaren arabera aukeratu dira: egitateak behe auzitegien eragiketak bezala, eta ikerketako zantzuak jokaera ofizialaren eta jendearenaren arteko kontaktu eremuan. Ehrlich (Czernovich), *Grundlegung einer Soziologie des Rechts*, eta ikus Page, *Pro. Ass. Am. L. S.*, 45 (1914). Zoritzarrez, “zuzenbide bizia”-ri buruzko bere ikerketen aurkikuntzarako asko eskuraezinak dira. Nussbaum (Berlin), bere *Rechtstats-achen-Forschung-en*; Hedemann (Jena), *Reichgericht und Wirtschaftsrecht*; Brandeis, *Muller v. Oregon*-eko idatzia, eta bere iritziak, behin eta berriro; Frankfurter eta Landis (Harvard), *The Business of the Supreme Court* (1928); Frankfurter eta Green, *The Labor Injunction* (1930); Underhill Moore (Yale), bankari buruzko mimeografiaturiko eta eskuizkribaturiko materialak, banka zuzenbideari dagozkienak; Moore eta Shamos, “Interest on the Balances of Checking Accounts”, *Columbia Law Review*, 27 (1927), 633. or.; C. E. Clark (Yale), Connecticut eta New Yorken auzien praktikari buruzko eskuizkribatutako materialeak; ondorio partzialak *Conn. Bar J.*-en agertzen dira 1928ko uztailan, eta 1929ko apiril eta uztailan, eta *W. Va. L. J.* 1929ko abenduan; Wm. Douglas (Yale), porrotaren eta kaudimengabeziaren praktikaren azterketa, oraindik prestatzen ari dena; Moley (Columbia), ikerketa kriminalak, oro har; Yntema eta Theo. Hope (Johns Hopkins), eskumen federalean egiteko dauden ikerketak eta Estatuko auzitegi-tak auzien kurtsoa; Klaus (Columbia), “Sale, Agency, and Price Maintenance”, *Columbia Law Review*, 28 (1928), 312, 441 orr.; Handler (Columbia), “False and Misleading Advertising” (1929), *Yale L. J.*, 39, 22. or.; Ishizaki, *Le droit corporatif international de la vente de soies* (1928); eta Klausen aipamen bikaina, *Columbia Law Review*, 28 (1928), 991 or.

berean zehatzagoa izateko eta gauza gehiago gehitzeko²⁸. Beste agente ofizial hauen ekintzek jende interesatuari epailearen baino gehiagotan eragiten diete; gero eta gehiago, bada, eta, antza, makina administratiboak funtzio eta indarrean irabazten duen heinean erritmo bizian handituz. *Gizaki arrunt afektatuarentzat*, ekintza administratiboa, gehienetan, legeak kasuari buruz ematen duen azken hitza da. Honelako egoera batean, iruditzen zait gizaki arrunt horrentzat oso erabilgarria dela ekintza administratiboa kasuaren zuzenbide bezala ikustea. Zuzenbidean fikziozko unitate bat eratzen baldin bada, inon ez dut irabaztekorik ikusten, eta bai galtzeko asko; izan ere agente batzuek gauza bat egiten dute, besteek beste bat, eta orain auzitegiek hirugarren bat. Modu errealista batean, legea ez da bakar bat, baizik eta gutxienez hiru, eta inola ere ez hiru-batean. Azkenean auzitegiek egiten dutena gailentzen baldin bada, eta praktika administratiboan *jasotzen* baldin bada, ez dago gehiago esan beharrik. Gertaera hori aurreikus baldin badaiteke, iruditzen zait askoz ere erabilkorragoa dela horri buruz legearen unitate azaleratuaren ikuspuntuaren arabera pentsatzea, lege hori betebeharrak bat izan daitekeelarik gertatzen den artean, eta oraindik ere aukera bat gelditzen zaio (prezio baten truke) zentzuaren eta hori lortu ahal izateko diruaren bidez gertatzeko, baina *oraindik* ez da kasu arrunterako zuzenbide frogagarria. Zer adierazten du, jurisdikzio bakar batean ofizial baten nahiera edo praktikaren araberrako eskubide bat ez bada, edota afektatutako gizon arruntaren finantziario, edo jite, edo tankera politikoaren araberrakoa ez bada? Ba horixe. Zer gehiago adierazten dute egitateek? Zergatik kliskatu begiak eta begirada desbideratu, paper gaineko tradizioa gogaitzen denean? Azken instantzian gailendu egingo den (hala egitekotan!) auzitegiaren erregela deskribatzeko hitzak egon artean, eta egoera garaipena baino lehen eta garaipenaren ondoren modu desberdinean deskribatzeko, nahasketa bat egon ezean, zein mozkin lortzen da *behaketaren zientzia* batean bi baldintzak deskribatzeko hitz berberak erabiltzearekin²⁹?

Horregatik argudiatzen dut, fokatzea, zuzenbidearen zentrua, ez dela soilik epaileak egiten duena, gizon arrunt interesatuari eragiten dion zirrara, baizik eta Estatuko *edo-zein* agente ofizialek ofizialki egiten duena³⁰. Bitxiak dira abokatuak. Lehen instantziako *auzitegi* bati dagokionez, bake epaile lego baten auzitegia izan arren, ez lukete hau onartzeko inolako eragozpenik izango³¹. Helegin eta errebokatu den erabaki txar bat auzilari baten arazoetariko bat izango litzatekeela ere ikusi ahal izango lukete, eta bere eskubide efektiboak murriztu egingo lituzkeela. Zenbatetan manipulatzeko duten kasua akordio bat lortzeko, hain zuzen ere tirabirako faktore horietaz aprobetxatuz! Baina auzitegitik mila eta zortziehun dolar kobratzen dituen B Bulegoko administrariaren erabakia –zenbait gastu sarreraren gaineko zergen itzultzetik kengarriak ez direla dioena– nire kasuan zuzenbidea *dela* esateak, zientzialari politikoari erabaki honen xedeetarako agente ofizial hau Estatua *dela* proposatzeak ematen dion susto berdina ematen dio abokatuaren ideologiari. Kontu hau Holmesen “azido zinikoa”-rekin garbitu beharra dago berriz ere, eta zer geratzen den ikusi. Era berean, agente ofizialaren erabakia aurkakoa eta okerra balitz, eta nik errebokazio bat lortzeko ekingo banu, borondate txarra eta agente horren beraren kontura eduki nitzakeen arazoak nire eskubide efektiboaren ebasketari gehitu beharko nitzake; zuzenbidearen zati bat bezala, nik irabaziko banu; eta hori ikusirik ez borrokatzea erabakiko banu, nire eskubideen iragartasuna bezala, zuzenbidearen zati determinatzaile gisa.

Abokatuaren
jarrera

28. Birformulazioak konplexutu egingo luke aurreko argudioa, baina funtsean ez luke aldatuko. Salbuespen gisa, arrazoi honengatik argudioak zenbat indar irabaziko lukeen dago.
29. Zuzenbidearen *alderdi arautzailean* ez legoke kasu honetan nahasketa edo zalantzarik. “Erregela zuzena” beti berdina izango litzateke. Baina hau ez da ondorioetan, deskribapen mailan eta iragarpenetan dagoen dibergentzia ezkatatzeko arrazoi bat. Hain zuzen ere helburu hauetarako bereiztu behar ditugu zuzenbidearen alderdi deskribatzaileak eta arautzaileak. Gainera, arauak ondorioei eragiten dieten adina eragiten diete ondorioek arauari. Proposaturiko kasuan, ondorioa praktika administratiboak judiziala eraztea balitz, araua oso zalantzarik izango litzateke ondorioarekiko. Eta hemen defendatzen den fokatzearen abantailak bat da (nahiko intzidentala, bestalde), arauaren inguruko zalantza mota hauek bururatzea esplizitua, ulergarria egiten duela, eta ez *harrigarria*.
30. Antolaketa politikorik gabeko gizarte batekin arituko bagina, hau terminologia txar bat litzateke, argi eta garbi. Baina zuzenbidean gainorokortzearen beste hutsalderiatako bat, gizarte erabat desberdinetako erakundeak biltzeko termino multzo bakar *bat* aurkitzen saiatzea izan da. Antolaketa politikoa baino lehen, kontrola daukagu, eta sarritan kontrol erakunde espezializatu edo erdiespezializatuak. Baina politikoki antolatutako gizarte bat deskribatzerakoan, guztiz komenigarria da terminoa Makil Handi ofizialera mugatzea. Gizarte hauetan “zuzenbidea” hitzarentzat antzekotasun handia daukan termino egoki bat, “legez” da. Soziologikoki, bi hauek gehiagotan dira antzekoak desberdinak baino. Cf. Max Weber, *Wirtschaft u. Gesellschaft*, 16, 17, 27, etab.; eta *American Economical Review*, 15, 672 or. eta hurr.
31. Fokatzeko desberdintasun hau oso ederki garatu du Arnold-ek, batik bat *Symbols of Government*-en (1937) eta *Bottlenecks of Business*-en (1940).

Jendearen jokaera Zuzenbidearen zati gisa

Lehenik eta behin, jokaera ofizialaren eta jendearen jokaeraren arteko elkarrekin-tzak daude; bigarren, agente ofizial guztien jokaera ofizialaren aintzatespena dago, zuzenbidearen muinaren zati bezala. Hirugarren, eta biei dagokien arlo modura, Nicholas Spykman-ek hainbesteko grinaz eta egokitasunez azpimarratzen duenaren aintzatespe-na dago: “ofizial” hitzak isilbidez auresuposatzen dituela, konnotatzen dituela, barnebil-tzen dituela bai agente ofizialaren, bai afektaturiko jende guztiaren ekintza (ordenazioa, ekimena) eta obediencia oro (pasibotasuna barne), zeintzuek ofizialaren eta bere agin-tearen posizioa *konfiguratz*en dute. Antzeko ideia dago “gobernatuaren onespena”, “iritzi publikoaren azken instantziako dependentzia” eta horrelakoen atzean; baina adierazpen zaharrago hauek ez daukate beren ildoetan inolako dotoreziarik; ez dute ezta trazu perfi-latuago baten beharra ere iradokitzen, eta iruditzen zait hori dela somniferoak bezalakoa-ak izatearen zioa, Spykmanen formulazioa jakinminaren eta irudimenaren estimulu modukoa den bitartean. Bide batez, egokia da Max Weberren formulazio metodoa hemen ere klasiko bihurtzen dela adieraztea: agente ofiziala agente ofizial gisa existitzen da hain zuzen ere ekintzako eta obediencia-ko jarraibide hauek gailentzen diren *heinean*. Guztiz ados nago jarraibide hauek zuzenbide deritzogun edozein fenomenoren funtsezko zati bat direla esatearekin. Eta are adosago Spykmanen formulazioak paper gaineko erregelen eta ondoriozko jokaeraren arteko desberdintasunari arnas berri bat ematen diolakoarekin; hainbeste, ezen erregela baten formulazio ofizialek ondorioztatzen den jokaera bat (baten bat egotekotan), jokaera horren egile diren pertsonen pentsamendu eta ekintzen jarraibideen arabera dago.

Azterketa zehatz eta egokiago baten beharra

Zuzenbidearen teoriaren sailkapen berri bat egitearen beharra

Jarraibide hauek zein punturaino auresuposa daitezkeen, zein punturaino behar duten azterketa espezifiko bat, kasu bakoitzaren arabera dago. Hemen, leku guztietan bezala, zuzenbidearen teoriaren garai erromantikoko kategoria maiestatikoak berraztertut beharrean aurkitzen gara. Kategoria zaharrak ikusgarriro agertzen dira beren edertasun guztiarekin, baina handiegiak ere suertatzen dira maniatu ahal izateko. Elementu hete-rogeneoegiak dauzkate beren erabilera fidagarria izan dadin. Lege batentzat egia dena, beste batentzat ez da hala; besterik gabe. Lege baten pean dauden pertsona batzuren-tzat egia dena ez da hala izango beste batzurentzat, nahiz eta lege beraren edota antze-ko baten pean egon³². Ez zait axola sailkapena berriro nola egingo den, beti ere datu erabilgarrien behaketa eta antolaketaren arabera egiten baldin bada, *eta* egitateekin atzeraeraginkorki alderatuz. Baina beharrezkoa da berriz ere sailkatzea. Beste ikuspegi batetik, begiratzeko eta hor dagoena ikusteko pazientzia da behar duguna; eta horretara-ko, zenbatez gehiago, osokiago eta azkarrago behatu, orduan eta ez handizaleago bihurtu beharko dugu.

Erregela mota desberdinen adibidea

Adibide batek puntu hau argitzen lagun dezake. Zenbait “erregela”, desio den erre-gulazioaren aurkako interesak dauzkaten pertsonen jokaera kontrolatu eta eragitera zuzentzen dira; beste batzuk, araututa izateko prest egoteaz gain, erregulazioa betetze-ko efektiboki existitzen den aparagailu bat daukaten pertsonen jokaeran eragitera zuzen-tzen dira. Delinkuentzia profesionalaren ia edozein alderditan aurki daiteke lehenengoaren adibide bat; bigarrenaren adibide bat, higiezinaren agenteek ere desiratu-ko luketen hiri jabetza higiezinaren gaineko transakzioei buruzko zuzenbidearen aldaketa bat litzateke agian. Kasu gehienak bi elementuez osatuta egoten dira. Hiri jabetza higiezina bakarrik balego inplikaturik, lehen ikuskeratik batean asko esan ahal izango litzateke lege erreforma bereziki sinple eta azkarraren alde, oso errotuta baitago higiezinaren negozioe-tan aurrez abokatu batekin hitz egin gabe sekula ez sartzeko ohitura. Baina badira sus-traituta dauden beste praktika batzuk ere, hala nola lehen hipotekaren finantzazioa negozio mota zehatz bati moldatzea, zeinak beren interesak lege erreforma mota zehatz batzuren aurka dauzkaten konpainien kontrolaren menpe dagoen titulu politika bat galda-tzen duen. New Yorkeko Torrens tituluen arazoak honen adibide dira. Funtsean ez dira negozioagarrak; ez ditu inolako hipoteka konpainiak estaliko, inolako titulu konpainiak

New Yorkeko Torrens tituluen adibidea

32. Modu berean (berriz ere Spykman-engandik hartuz), ofizialen jokaera elkarlotutako ekintza eredu hauetan kokatzen den *heinean*, jokaera “ofiziala” bihurtzen da “pertsonala”-ren ordean, hemen interes zuzena duen modu batean. Agente ofizial baten jokaera pertsonala “soila”, nahiko pentsaezina bihurtzen da, baina funtsean pertsonala den jokaera batek denbora asko ken diezaiotke agente bati.

aseguratuko ez dituelako³³. Dena den, proposaturiko “mekanismo-probetxugarri”-aren berrikuntza juridikoaren adibide bat da hau. “Ordenazio-eta-debekatze”-aren berrikuntza juridikoarekiko desberdina da arazo hau. Konstituzionaltasunaren gaiagatik izan ezik, eta ongi antolatuta dagoen eta boteretsua den talde baten nahien aurka doan legedi batera zein punturaino hel daitekeenaren kontu politikoa izan ezik, argi dago New York City-ko titulu konpainiei negozioak egiteko estilo berri bat derrigorrez aplikatzea, ingeniari-tza juri-dikoko etorkizun handiko arazo bat izango litzatekeela *prima facie*, hain zuzen ere beren negozioek lokalizatuta, ongi antolatuta egon eta nahiko enpresa unitate gutxiarekin fun-tzionatzen dutelako. Delituegile profesionalak ez bezala, ezin dute lurrazalaren azpian ezkutatu eta biziraun. Beren identifikazioaren arazoa, beraz, ez litzateke pertsonak iden-tifikatzean egongo, hitzarturiko unitate ezagunen arau hausteak identifikatzean baizik; eta seguruenik beren negozioak modu irekian egitera behartuak izango lirateke. Arazo politikorik handiena, orduan, aholkularitza juridikoa medio negoziatzeko metodoak alda-tzetik eratoritzen diren “saihesketak” aurreratu eta aurrez eragozteak izango litzateke ziu-rrenik; hau da, formulismo ofizialak lehenago edo beranduago egituratzearen arazo bat, eta transakzioak ezingo lirateke (mozkin batekin, isunak, etab. kendu ondoren) legediko helburu orokorren ildoek xedatzen duten modu desberdin batean gauzatu. Negozioe-tarako konparatiboki probetxu berdina emango lukeen norabide berri bat garatzean inge-niari-tzak ikaragarritzko arrakasta izatearen kasuan salbu, orduan legegileak ez bailuke hasierako erresistentzia soilik izango, baizik eta baita erresistentzia iraunkor eta oso lehiakorra ere; egia da behin trenekin hartu zuen bideari ere jarrai diezaiokeela: aparatu gubernamentalak bereganatzen saiatzearen bidea. Eta, noski, erresistentzia mota hau da egitatez (eta gure hipotesiaren aurka) gai konstituzionala auzian mantentzen duena. Edari alkohol-dunen trafikoaren arauketa edo debekuarekiko antzekotasun eta desberdin-tasunak hezigarriak izango lirateke. Bat bankuak eta bitxiak lapurtzera pasatzen den bezain laster, antzekotasunak ezabatu eta desberdintasunak handitu egiten direla dirudi. *Datuak biltzen hasi baino lehen*, apropos aukeratu dut guztiz ezjakin sentitzen naizen arlo bateko adibide bat, fokatzeko honen pean dauden pentsamendu eta ikerketa ildoak azpimarratzeko. Argi dago afektatu nahi direnen edota “zuzenbideko” edozein unitatek erasaten dituenen joera edo jarrera, kontrolaren arazoaren bihotzean dagoela; maila berean, baita ere bistakoa beharko luke izan funtsezkoa dela pertsona hauen antolaketa estiloa, beren ekintza modu kolektiboa; bai euren artekoa, bai oro har gizartearekiko. Jokaeraren ondorioak, existitzen diren jokaera baldintzen arabera lortzeko dira neurri handi batean.

Erregela gehienek aplikagarritasun arina eta bere inplikazioak

Honek zuzenean honako puntura garamatza: zuzenbidearen unitate gehienek nahiko pertsona gutxiri bakarrik afektatu edo eragiteko asmoa daukate, banaka edota denek batera, zuzenean. Hau gertatzen denean, *afektatu nahi diren pertsonen antolake-ta, jarrera, une honetako jokaera eta ustezko jokaera* dira arreta gehiena eskatzen dute-nak, ondorioak lortzearen alderditik (edota ondorioak ulertzeko). Izan ere, pertsona hauek *identifikatzea* bera, azterketa gehiago eskatzen dituen aurrebaldintza bat izan dai-teke. Gai hauek aztertu, erregelak diseinatu, eta jokaera administratiboa direlako perso-nei egokitu ezean, ondorioak oso akzidentalak izango direla esateko nahiko modu zentzugabe eta erredundantea da. “*Direlako pertsonen*”, eta, hain zuzen ere, “*direlako baldintzapeko direlako pertsonen*”. Inoiz ez dugu gehiegi tematuko zuzenbideko “errega-lekiko” –*aplikazioan* unibertsal bezala trataturik– daukagun jarrerak, behaketako etenga-beko tranpa bat daukala esaten. Ekintzaren erreinuan, “erregelak”, erregelak *egiten dutena esan nahi du*; ekintzaren erreinuan, “erregelak”, egiten dutena *dira*. Beren aplika-zio eta aplikagarritasun *posibleek* garrantzitsu izaten darraite, baina aplikazio eta aplika-garritasun efektiboak garrantzia mugatu bat daukate. Erregelak unibertsal bezala imajinatzea –bereziki, “beren terminoetan sartzen diren pertsona guztiei” aplikagarriak direla imajinatzea–, eszenatokia ikuskatzen hasi baino lehen begiak fikzio konstituzional batez estaltzea da. Segurtasunaren mesedetan, zuzenbideko erregelak “berdinak eta

Erregelak afektatuko dituzten pertsonak identifikatzearen garrantzia

33. Horrela, etxebizitzaren bloke bateko Torrens titulu batek ez xedagarri bihurtzen du blokea bere eskala handiko hobekuntzarako. R. R. B. Powell-ek esan dit zenbaitetan Torrens tituluak deserregistratu ere egin direla, hipotekako dirura jo ahal izateko.

orokorrak” direla zehazten dute konstituzioek³⁴. Baina erregela gehienak, aplikatzen zaizkien gutxiei dagokienez orokorrak izan arren, hor dauden hiritar piloaren ikuspegitik ikusten direnean, bereziak dira hein handi batean. Eta “beren terminoek aurreikusten dituzten pertsona guztiei” (bizartegiak ipintzen dituzten guztiei, edota asasinatze bat egiteko tentatuta daudenei, edo agente ofizialak engainatzeko, edo banku desfalkua egiteko, edo fondorik gabeko txekak sinatzeko, edo haur bat adoptatzeko, edo manufaktura bat bost langile edo gehiagorekin eramateko) “aplikatzen” zaizkien erregela gehienak, modu errealista batean aztertuta, ez dira eta ez dira sekula komunitateko jende *gehienarentzat* “aplikagarriak” izango, hitzak eduki dezakeen edozein zentzutan. Hauek bezalako erregelak efektiboki irekiak dira. Pertsonak beren aplikagarritasun eremuaren barnean eta kanpoan mugitzen dira. Baina eremu hau askoz ere garbiago ikusten da arina, berezia balitz bezala behatzen denean (komunitatearekin alderatuta). Argi dago aplikazio *errealaren* eremua are bereziagoa dela: *jokaera* ofizialaren eremua aplikazioarekiko. (Eta ez dago argi eremu bereziago hau beren jokaeraren arabera ondorioak dituzten pertsonentzat ondorio handienak dituen denik ia beti: “erregulazioaren” objektuak?)³⁵.

Ez dut ezagutzen hemen defendatzen den fokatzearen –jokaera antolatuearekin elkarreragiten duen jokaera antolatuko terminoetako fokatzea– ondorio hau baino argitzaileagorik, zeina azpitaldeen eta bai “gobernatzailerik”, bai “gobernatuena” egitura instituzionala aztertzeke berehalako xedagarritasunean oinarritzen den. Aztertu ahal izateko prest egotea, edozein intelektzio motarako funtsezkoa den lehendabiziko gauza bezala; zuzenbidearen azterketa, egoera partikularizatuen eta hauetan gertatzen denaren, edo egoera horiei buruz egin daitekeenaren lehenengo instantziako azterketa bat izatea ahalbidetzen duena bezala³⁶.

Errealismoa “gizartea”-rekiko

Zuzenbidearen edukia

“Zer egin daiteke”, eta nork egin dezake? Bitarteko bat balitz bezala mintzatu naiz zuzenbidez: *noren* bitartekoa, eta *noren* xederako? Zuzenbidearen eztabaidak, “kontrol sozialaren” eztabaidak bezala, “gizarte bat” eta helburu “sozialen” aurreaurkikuntza barnebiltzeko joera apur bat dauka. Aurkitzeko zailak dira biak, kontrolaren egitateen zentzua edozein izanik ere. Non dago batasuna, non talde koherente eta singularra? Non dago “soziala” den helburu garbia, eta ez hau babesten duten taldeak bezain garrantzitsuak diren beste batzuek aurkatzeko dutena? Zuzenbideak, zati gehienetan –guztietan ez baldin bada–, bereziki interes kontrajarrien, pertsona edo talde antagonikoen fenomenoak jasotzen du, eta agente ofizialen partaidetza aurreikusten du batzuen alde eta bestearen aurka egiteko. Edo disidentea bere taldearen interesekin bat etorrazteko –eta hau fase zabal bat da–; edo bi talderen arteko harremanak arautzeko, edota beren arteko borroka terminoak aldatzeko (lehiakorra edo beste motaren batekoa). Hona hemen zuzenbidearen aparatuaren eta zuzenbidearen prozesuaren kontrola lortzeko etengabeko borroka, zeinaren bitartez oso interesatuta dauden A-ek beren borondate partziala era berean interesatuta baina aurkako jarreraren dauden B-ei inposatzeko itxaropena eduki dezaketena, eta C-en talde handiaren onarpen pasiboa eta sostengua kontrol honen pean ipintzekoa, zeina desinteresatua dagoen, edo ez interesatua. Baieztapean hau egiazkoa izateko, gutxi axola du A-en helburuak materialak edo idealak ote diren, guztiz berekoiak

34. Praktikan haxe izango litzateke: “afektatutakoen klase guztiz mugatuaren aukeraketan *berdingarriak*”. Erregelazko *berdintasuna* ezinezkoa da gizarte espezializatu batean. Egia da “berdintasun” hitzak gure sisteman alboratuta dauden zenbait diskriminazio ildo iradokitzen dituela. Baina, historikoki izan ezik, ez da bereziki esanguratsua.
35. Beste leku batean azpimarratu dut kasu hauetan oinarritzeko arazoa dela dagokien pertsonen jokaeran *praktika* berriak sortzea, erregela juridiko berrien bidez bilatzen diren helburuetara egokitzen direnak. *Law Observance and Law Enforcement (Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, 399. or.). Eta erregela juridiko zahar zein berrien eraginkortasuna ezin dela besterik gabe agente ofizialak horiei jarraiki aritzen diren aldien kopuruaren bidez neurtu. *Ibid.*, eta *American Economical Review*, 15, 682. or. Egia da, eraginkortasun ideala ez da lortzen ofizialek inolaz ere aritu behar ez duten arte. Baina gutxi gorababehera zaharrak diren eta amankomunean errotuta dagoen praktikaren batekin bat datozen erregelak baldin badira (*mores*), arazo serio bat bihurtzen da ea kasutan zein punturaino daukagun erregela *juridiko*en eraginkortasuna, edota erregelen inguruko noizbehinkako jokaera ofiziala ote daukagun. Aldera bedi guztiz aurkakoa den kasuarekin: orain preskribatu diren ildoei jarraitzeko edo ez jarraitzeko prestatuta dauden unitateez osatutako jarduera multzo bat, apropos aukeratutako test kasu bateko sententziaren arabera. Garrantzitsuena ez da agente ofizialen jokaera, *isolatuki*, baizik eta agente ofizialek dagokion jende arruntarekin elkarrekitean daukaten jokaera.
36. Orokortasunaren bidetik itxaro denak, azterketa partikular hauen sintesi berri batetik eratorri behar du, behin hauek edukitakoan. Bitartean, gure sena eta tradizioak jokaera ofizialeko erregularitate batzuei buruz utzi digun ulermena daukagu, eta nahiko gaitasun tradizional daukagu aurreikuspenarako, eraginerako, jokaera ofiziala nahiz beste edozein erabiltzeko, moda bat baino zerbait gehiago izateko, gehiago ikasten dugun bitartean.

ote diren, edota modu altruista batean taldearen ongizate kontzepturen bat bilatzen ote duten. Eta zuzenbideko aldaketa honi buruzko ahulezia hau nahi izanez gero politikotzat har daitekeen bitartean, bere existentziak arazoak sortzen ditu "interesak" definitzeko orduan. Kontuan hartu behar da "erregela" berria promulgatutakoan, jokaera ofizialak presioa egitea itxaro dela ahulezia honengandik. Beraz, aurreko arazo guztiak planteatzea komeni da, honako hau ere gehituz: programa ofizialari elkarrekin laguntzeko presionatzen duen jende arrunt talde bat existitzearen aukera, hor aipatzen ez zena.

Dena den, gai bat aipatu beharra dago hemen: zuzenbidearen, eta baita gizartearen, etengabeko dilema; zuzenbidearen dilema, zeren eta gure erakunde guztien artean bereziki zuzenbidea da osotasuna "ordezkatzeko" asmoa daukana. Besteekiko boterea emango dien aparatu honengatik garrasika eta borrokan dabilzan eta beren buruari zerbitzatzen dioten taldeen ahuleziaren artean, osotasun motaren bat izateko urgentzia dago, norberaren interes argiztatuaren mugak gaindituko dituen erantzukizun senen bat izateko, itxuraz onura orokorrak (askotan apropos) bideratzen duen ekintza batera darabina. Hau baieztatzea ez da Estatuaren inolako mistizismo hegeliarrik aitortzea. Nahiko irekia uzten du gizarte bateko "bizitza printzipio"-ren baten existentziaren kontua. Besterik gabe adierazten du autozaintza orokor honen ezean, taldeak ez lukeela mugagabeki horrela jarraituko. Erokeria litzateke hau ukatzea. Askatasuna, "osotasunaren ordezkapena"-ren alferrikako ideologiatik itsutasunera eramatea litzateke egia erdien aurrean, zeintzuen inguruan aitzina ederra zen ideologia hau eraiki baitzen. Baina askatasuna ukatzea, egia erdiak ahuleziaren ñabardurengatik interes zuzen eta zehatzik gabe balioestea, lehenengoa bezain erokeria handia izango litzateke³⁷.

Zuzenbidearen dilema

Zuzenbidea dela uste dena: herri zuzenbidea

Jokaeran ipini dudana insistentzia guztiarekin, fokatze "errealista" bat irreal bilakatu-ko litzatekeelaren inpresioa sortaraz nezakeen, jendeak zuzenbide zer den *entsatzen* duena kontuan ez hartu izanagatik. Ez da hala. Fokatze errealista bat berehala hasiko litzateke aurreko esaldian bezalako "jendea", "entsatzen du" eta "zuzenbidea" hitzak aztertzen eta azpisaillkatzen. Bereziki interesatuta ez dagoen gehiengo handi batentzat, "zuzenbidea"-k, ikuspegi honetatik eta eurei interesatzen zaien *heinean*, "nik egin beharko nukeena" esan nahi duenaren susmoa daukat, ez delarik asko desberdintzen guk morala bezala imaginatzen dugun ia batere hautakorrak ez diren eguneroko praktikaren idealizazioetatik. Batzuetan gaia gehiago zehazten da: "Kontratu honek eraginak izatea nahi dut"; eta nik orduan idatziz ipintzea entsatuko nuke zalantzarik gabe, eta inon ikusitako formulismoren bat (eskritura batean, ezta?) errepikatzea edo ez hausnartuko nuke: *for one dollar and other good and valuable considerations*; agian sinadurarako lekukoren bat ere bilatuko nuke. Zuzenbide pribatuaren arloan, ezer gutxi dakigu ekinean-ari-den-herri-moralitate honi buruz. Zuzenbide penalaren eremurik zaharrenean, oso koinzidentzia *grosso modo* bat soma dezakegu *ekinean-ari-den-herri-zuzenbidearen* eta ekinean-ari-den-herri-moralitatearen artean³⁸, kanpo eta barne zigor esplizitu ez ofizialek modu disuasorioan erabat funtzionatzen ez duten kasuetan poliziak eta presondegiak funtzionatuko dutenaren uste zabalduan izan ezik; eremu askotan zuzenbide penala herri moralitatearen aurrekari edo kontrapartida asko izateko berriegia eta espezializatu-egia dela ere susma dezakegu; eta, azkenik, zuzenbide penal ez-moraleko alderdi

Zuzenbidearen "mekanismo erabilgarria"

37. Ildo honetan bertan, jokaera arretaren gune bihurtzen denean alegia, bete-betean ikusten dut erregeletan, kontzeptuetan, ideologiatan eta estereotipo edo jarraibide ideologikoetan enfasi gehiegi jartzearen zuhurtzigabekeria. Azken hauek, dauzkagun moduan, nahasgarriak, desbideratzaileak eta deskribatzeko edo azaltzeko desegokiak dira izatez. Baina praktikoki operatiboa litzatekeen zuzenbidearen zientzia bat ezin izango zatekeen azken hauen gainean eraiki, egia eta zentzua puxka on bat eduki izan ez balute. Izan ere, funtzionatzen zuena ez zen zuzenbidearen zientziaren ideologia-araua, zuzenbidearen zientziak partzialki soilik islatzen zuen praktika baizik. Baina azterketa soziologikoak zientziaren aurrerapenerako egin beharko lukeen gauzarako bat, ikuspegi berriaren defendatzaileei aurkatzeko dute ikuspegi zaharra bere osotasunean ez gaitzesten erakustea da. Matxinadak, zaharrena ezegokitasuna adierazten du. Ez du zaharrak oinarri sendo bat ez zeukanik adierazten. Bere existentziak berak, sortu eta existitzen jarraitzeko gai izateak, bazeukala adierazten du. Zeukanaren arabera baloratzerik izango bagenu, eta hori guk entsamendu kurtso berri batera eramaterik bagenu, asko egingo genukeen exagerazio batetik besterako oszilazio pendular ezaguna murriztearren. Honek garrantzi gutxiago dauka mugimendu berri baten azterketa originarioetan. Berritzaileak, bere gogoz edota indarrez, intelektualki kontra egiten dioten instrukzio beraren ezaugarriak daramatza berekin. Baina berritzaile originalek ez badute *beren doktrina nahiz praktikatan* aurreko eskolen bizi-indarra sartzerik lortzen, nahiz eta azken hauen fokatzeko faltsua eta bere inplikazioak aurkatu, eskola berrian modu berritzailean hezi direnak, exageratzeko joera izango dute burugabe batzuk izango dira.

38. Errepika al dezaket beste behin "herri moralitateak" sarritan esan nahi duela talde nagusiaren baitan xehetasun zehatzak dituzten aldaera garrantzitsuak adina azpialde daudela gutxienez?

zabal batzuk (edo oraindik ez-moralak) herri-zuzenbidean sartuko direla: trafikoaren zuzenbideari buruz (kontratatzailerik ezagutzen duten bezala) pentsatzen ari naiz, leku askotan aurretiaz trafikoaren moralitateetik desberdina dena, eta antzeko desberdintasunak imaginatzen ditut alkohola, jokoa eta sexuari dagokienez, moral anizkoia daukan biztanleria batek ezagutzen dituen bezala. Baina hori bai, jendeak zuzenbidea beraiei dagokionez zer den pentsatzen duen horrek batzuetan eraginen bat dauka beren ekintzan. Nire intuizioak, dena den, dio ziur aski juristak imaginatzen duena baino askoz ere ahulagoa dela debekatzearen dimentsioan daukan eragina, norberaren interesaren presio garrantzitsuren bat dagoenean beti ere, nahiko txikia den gutxiengo batentzat izan ezik, edota pertsona partikular bakoitzarentzat nahiko txikiak diren ekintza eremuetan. Bestetik, zuzenbideak “mekanismo erabilgarriak” –hauek erabiltzeak norberaren interes konkurrente bat aurreuposatzen du– aurreikusten dituen alorrean, herri zuzenbideak jarreraren trebakuntzan eragin esanguratsu bat daukala susmatzen dut. Ikuspegi errealista batetik, beharrezkoa da arazoa xehetasunak arduratsuki ikertuz aztertzea. Zuzenbideak, suposizioaren egilea ez denarentzat zer den suposatzen duenaren arazoa are garrantzitsuagoa denaren susmoa daukat. Baina garrantzia gutxiago dauka ekintzarako neurketan, gelditasunaren neurketan baino. Hortaz, posible dirudi ikuspegi honetan zuzenbidea besterik gabe batik bat zuzentzat jotzea, xehetasunez arduratu gabe; eta herri zuzenbidearen alderdi hori eskala handiko interesgabekoen lankidetzat pasiboaren zentritik –aparatu politikoaren kontrola sari bihurtzen duena– gertu egotea.

Zuzenbideak izan beharko lukeenari buruzko idealak

Jendeak zuzenbidea zer den pentsatzen duena bezain garrantzitsua da jendeak zuzenbideak zer izan beharko lukeen pentsatzen duena. Zuzenbideko edozein aldaketa, norbaitek desberdintasun bat sortzeko daukan borondatearen isla da, hein handi batean. Eta jarrerak eta itxaropenak nahiz kanpo jarrera kontuan hartu behar diren bezala, kontuan hartu behar dira halaber helburuak eta hauek atxikita dituzten irudi idealak. Baita deskriptibo hutsa den zientzia baten ikuspegitik ere.

Idealen beste alderdi bati dagokionez, artikulu honetan ez dut zuzenbideak zer izan beharko lukeen aztertuko. Ez dut subjektu juridiko batentzako erregelak egokia edota ekintza egokia zein den adierazteko inolako esfortzurik egingo. Hala eta guztiz ere, pixka batean behin eta berriro argudiatuko dut idealen *formulazioa* beren *gauzatzearen* eremura jotzeko alboratzen den bezain laster, hemen adierazten den fokatzeari funtsezkoa dela bide horretan aurrera egin ahal izateko. Idealak, zuzenbidearen zientzia deskribatzaile sendo baten bidez soilik joan daitezke amets egoeratik haratago (edota gutxi gorabehera baliokidea izan daitekeen zientziaren bidez, modu sendo batean sortutako lan egiteko modu batez, baldintza kopuru berdinak hartzen dituelarik kontuan). Gainera, zenbait alditan adierazi den bezala, politika bat gauzatzeko egingarritasuna eta berau gauzatzeko kostua, politikaren balioari buruzko iritzia bat ematera iristeko aukera mugatuak dauzkan funtsezko elementuen mundu batean daude.

Ondorioak

Nola ulertu
Zuzenbidea

Ondorio gisa esan nezake ez naizela inolaz ere arduratu zuzenbidearen periferia irudikatzeaz, “zuzenbidea” definitzeaz, bere eremutik ezer *kanporatzeaz*. Beti argudiatu dut zuzenbideari buruzko pentsamenduaren norabiderik emankorrena, zuzenbidea helburuak, eta ez baloreak, dauzkan aparatu bat bezala (aparatu kopuru heterogeneo bat) hartzen duen kontsideraziora bideratzen dela; eta bertako arazoen ikuspenik argiena hitzekiko gero eta interes txikiagora bideratzen dela, eta behagarria den jokaerarekiko gero eta interes handiago batera (bertan sartu beharko litzatekeelarik frogagarria den edozein jarrera eta pentsamendu eredua). Argudiatu dut baskularazi egin dela azterketaren fokatzeari, gauza guztientzako erreferentzia puntu juridikoa, eta orain modu kontziente batean kontaktuaren eremura igaro beharko litzatekeela, jokaera erregulatzaile ofizialaren eta honek eragiten dituenen edo honi eragiten dioten jokaeren arteko elkarrreraginaren eremura; eta orain arte arreta bereganatzeko joera izan duten erregela, arau eta printzipioak desplazatu egin beharko liratekeela argudiatu dut, eta harreman eremu honetan beren jokaerari erreferentzia zorrotz bat egiten dion ikuspuntutik aztertu beharko liratekeela, paper gainera erregelak benetan direna bezala ager daitezen, eta jokaera errealarari dagozkien erregelak merezi duten garrantzia izan dezaten. “Zuzenbide”

hitzean biltzen diren fenomeno konplexuak iraganean orokortasun handiegiz aztertu direla argudiatu dut, eta jarrera behagarriaren bitartez baino ez dela posible ulermen errealista bat, gure gizartearen pertsonak eta erakundeak antolatuta dauden modua aztertuz baino ez, eta, zehazki, zuzenbidearen *zati* bakoitzaren elkarreraginezko jokaeraren eta gizarte antolakuntzaren *zati* bakoitza.

Fokatze honekin zuzenbidearen eremuan barnebildutakoa, normalean barnebiltzen den guztia baino askoz ere gehiago da. Bere nukleo zentrolean epaileen jokaera dagoelakoan nago, eta, bereziki, epaile bezala seinalatzen dituen jokaeraren zati hori —beren lana beren aurrekoenarekin eta ondorengoenarekin jarraitarazten duten praktika horiek, eta beste pertsona batzuekin dituzten kontaktuak ofizialak izan daitezela eragiten dutenak—; baina nire susmo hau abokatu iparramerikarrak hezi direneko tradizio kasuistikoaren arrasto bat izan daiteke. Batetik, nukleo horretatik gertu aurkitzen da gobernuko beste agente ofizialen jokaera. Bestetik, onarturiko formula taldeak, epaileek errepikatzen dituztenak, argiren bat aurkitzeko ikertzen dituztenak, jarraitzen saiatzen direnak. Hemen desberdindu egin behar dira jokaerekiko elkarrekikotasun hurbila daukaten eta ez daukaten formulak; sarritan aplikatzen direnak eta gutxitan aplikatzen direnak. Nukleoaren inguruan, pertsona batzuek zuzenbidea zer denari buruz dauzkaten ideiak aurkitzen dira berriz ere; eta bereziki zein zuzenbide edo bere zein zati bete beharko litzatekeenari buruz dauzkat en ikuspuntuak. Beste ikuspegi batetik, agente ofizialen jokaerarekin izandako lehenengo harreman batean, agente ofizialaren ekintzek zuzenean eragiten duten establezimendu ofiziala dago; eta, honen atzean, bere ekintzen eragina jasaten, edo sustatzen, edo islatzen duen gizarte establezimendua. Zentrutik urrunago, filosofia juridiko eta soziala dago, zentru honetara zuzenean gehiago edo gutxiago hurbiltzen delarik, aztertzen diren gaiak zuzenean zentrutik hartzen diren edo ez direnaren arabera. Zuzenbidearen hein bat, alderdi askotan, erabat soziala eta erabat gizarteko gizakiarena da. Baina hau kontu periferiko bat da, ez zentrala; eskuartearen daukagun arazoaren hedadurari dagokion kontu bat da zehazki, eta ez eztabaida orokor baten hedadurari buruzkoa. Horrela zirriborratu den eremu hau beste gizarte zientziei gainezartzeari dagokionez, barkamena eskatu beharko nuke ezer ez aurkitu izanagatik. Gizarte zientziek ez daukate ondasun sustraituek bezalako mugarik. Eta zuzenbidean bertan ere, jabetzaren kalterik gabeko bortxaketa batengatik zehapenak ez dira oso gogorrak.

Epaileen
jokaera
Zuzenbidearen
muin gisa